

V. 21 ♦ N. 3 ♦ SETEMBRO/DEZEMBRO ♦ 2019

ISSN 2236-8957

REVISTA DA

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



*Edição em homenagem ao  
Ministro Luis Roberto Barroso*



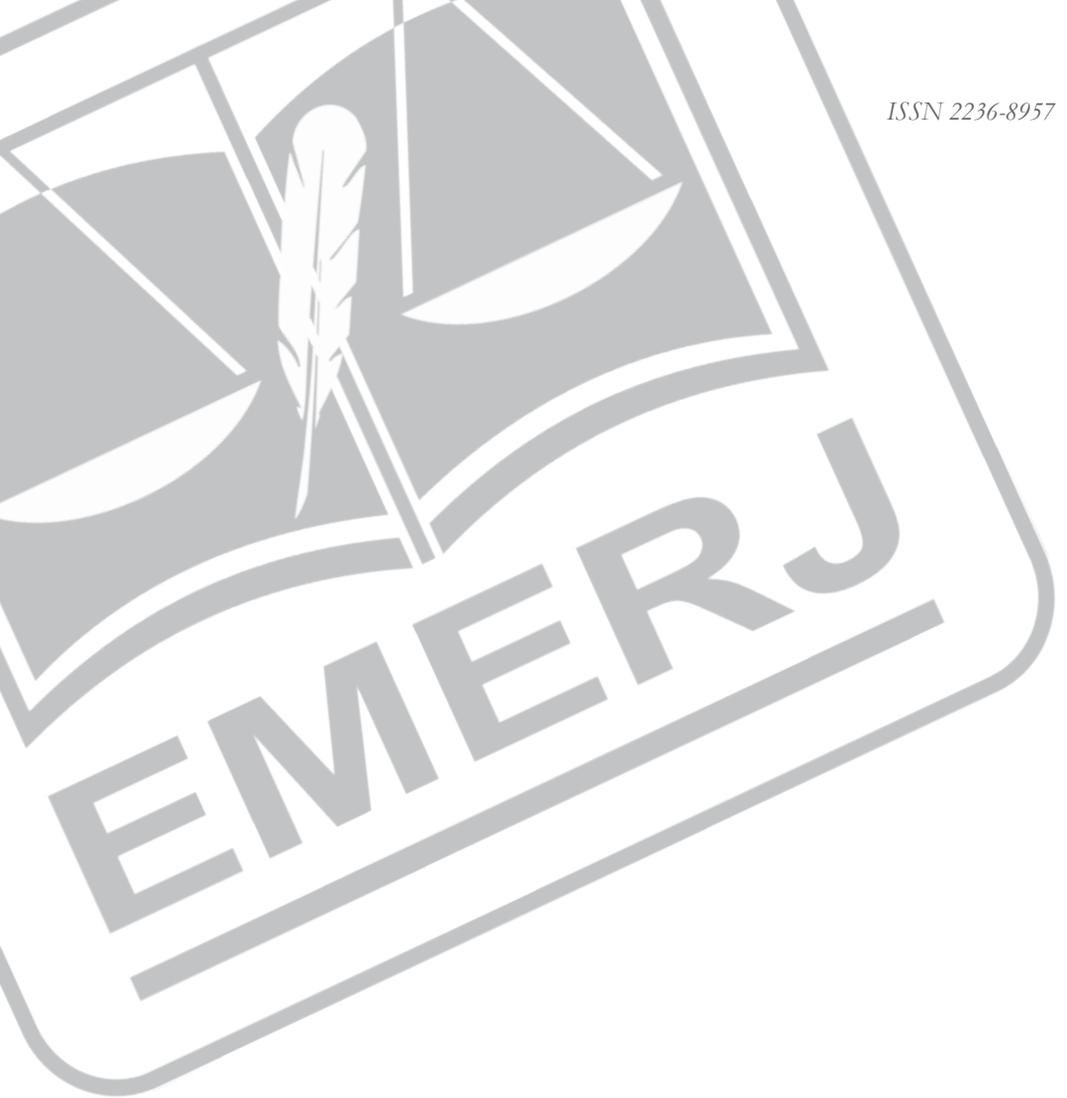
Direito & Inovação

TOMO 2

EMERJ



ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Setembro/Dezembro*  
*V. 21 - N. 3 - T. 2 - Ano 2019*

*Rio de Janeiro*

© 2019 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**EQUIPE EDITORIAL:**

**Coordenador Editorial:** Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Mestre Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte.

**Conselho Editorial:** Mestre Abel Fernandes Gomes, Doutor Adán Carrizo González-Castell, Doutora Adriana Ramos de Mello, Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Mestre Cesar Felipe Cury, Mestre Daniel Vianna Vargas, Pós-Doutora Edna Raquel dos Santos Hogemann, Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Mestre José Guilherme Vasi Werner, Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Mestre Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Mestre Luciano Vianna Araújo, Mestre Luiz Roberto Ayoub, Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Mestre Rodrigo Borges Valadão, Doutor Sérgio Cavalieri Filho. Portaria nº 44/2019

**Editores Associados:** Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -  
1998 -

Rio de Janeiro: EMERJ,

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

## **Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

---

### **■ PRESIDENTE**

**Desembargador Claudio de Mello Tavares**

### **■ CORREGEDOR-GERAL**

**Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto**

### **■ 1º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho**

### **■ 2º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Paulo de Tarso Neves**

### **■ 3º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção**

## **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

---

### **■ DIRETOR-GERAL**

**Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade**

### **■ CONSELHO CONSULTIVO**

**Desembargadora Cristina Tereza Gaulia**

Vice-Presidente

**Desembargador Claudio Brandão de Oliveira**

Diretor Adjunto Administrativo

**Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo**

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – COMAM

**Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho**

Presidente da Comissão Supervisora dos Cursos de Extensão, de Pós-graduação e de Convênios e Parcerias - COCEP

**Desembargador Fernando Cerqueira Chagas**

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

**Desembargador Ricardo Couto de Castro**

**Juíza Adriana Ramos de Mello**

**Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira**

## **EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DA EMERJ:**

### **COORDENADOR EDITORIAL:**

Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

### **EDITORES ASSOCIADOS:**

Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Brasil.

Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil.

Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

### **CONSELHO EDITORIAL:**

Mestre Abel Fernandes Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Adán Carrizo González-Castell, Universidad de Salamanca – USAL, Espanha.

Doutora Adriana Ramos de Mello, Universitat Autònoma de Barcelona – UAB, Espanha.

Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, Brasil.

Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Brasil.

Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Universitat de Barcelona – UB, Espanha.

Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil.

Mestre Cesar Felipe Cury, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Daniel Vianna Vargas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Doutora Edna Raquel dos Santos Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Universidade do Estado de São Paulo – USP, Brasil.

Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Universidade de Lisboa – UL, Portugal.

Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Brasil.

Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Brasil.

Mestre José Guilherme Vasi Werner, Universidade Candido Mendes – UCAM, Brasil.

Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Brasil.

Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Universidade de Lisboa – UL, Portugal.

Mestre Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Luciano Vianna Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil.

Mestre Luiz Roberto Ayoub, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Rodrigo Borges Valadão, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Brasil.

Doutor Sérgio Cavalieri Filho, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil.

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES:** Elina Bussade dos Santos

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodré

**Produção Gráfico-Editorial:** Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ

**Responsável:** Ébano Machel do Rosario Assis

**Editor:** EMERJ

**Diagramação:** Jaqueline Diniz (Programadora Visual)

**Capa:** Marcelo Melim

**Foto:** Marcelo Melim

**Revisão Ortográfica:** Ana Paula Maradei, Clara Bastos e Sérgio Silveiras

- 323 | **A Autolimitação Judicial Aplicada em Sede de Medida Cautelar Penal de Afastamento do Detentor de Cargo Eletivo à Luz de um Caso Concreto. Contenção da Jurisdição Penal em Deferência Judicial à Soberania Popular**  
*José Muiños Piñeiro Filho*  
*César Manuel Granda Pereira*
- 339 | **O Dia em que a Mediação Salvou a Literatura**  
*José Roberto de Castro Neves*
- 344 | **Precedentes Judiciais**  
*Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho*
- 364 | **Casos Moro e Neymar: Crônica de uma Invasão Anunciada**  
*Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho*
- 374 | **A Ressignificação do Conceito de Remanescentes de Quilombos na Ordem Constitucional Brasileira**  
*Marco Aurélio Bezerra de Melo*
- 394 | **Constitucionalização do Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: Aportes Doutrinários e Jurisprudenciais para um Direito Tributário Renovado**  
*Marcus Vinicius Barbosa*
- 443 | **O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses**  
*Patrícia Perrone Campos Mello*
- 468 | **A Delimitação do Objeto da Ciência Jurídica na Teoria Pura do Direito**  
*Rodrigo Borges Valadão*

- 494 | **Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do Libertarianismo à Filosofia Constitucional**  
*Rodrigo Brandão*
- 556 | **As Deliberações Legislativas e os Requisitos para Instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**  
*Rodrigo Faria de Sousa*
- 596 | **Notas sobre a Objeção de Consciência**  
*Thiago Magalhães Pires*

# A Autolimitação Judicial Aplicada em Sede de Medida Cautelar Penal de Afastamento do Detentor de Cargo Eletivo à Luz de um Caso Concreto. Contenção da Jurisdição Penal em Deferência Judicial à Soberania Popular.

**José Muiños Piñeiro Filho**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público (UNESA).*

**César Manuel Granda Pereira**

*Pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Assessor de Desembargador. Aprovado no XVII Concurso da Magistratura Federal da 2ª Região, aguardando nomeação.*

**RESUMO:** A autolimitação judicial, que se apresenta como princípio funcionalmente limitativo, tem origem na jurisprudência constitucional estadunidense e é apontado como parâmetro para o exercício da função jurisdicional. Tradicionalmente aplicável ao campo constitucional, o critério de autolimitação afigura-se também como parâmetro para a aplicação de medidas cautelares penais de afastamento de ocupantes de mandatos eletivos, porquanto é matéria especialmente sensível à dinâmica do funcionamento dos poderes constitucionais e igualmente sensível ao respeito à soberania popular. Tais constatações teóricas são apresentadas tendo

como objeto de análise caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se considerou as peculiaridades do contexto político do município de Niterói como importante fator para se deixar de determinar o afastamento cautelar do prefeito.

**PALAVRAS CHAVES:** Autolimitação judicial. Medidas Cautelares Penais. Afastamento de Cargo Político Eletivo.

**ABSTRACT:** Judicial self-restraint, which is presented as a functionally limiting principle, has its origin in the American constitutional jurisprudence and is pointed as a parameter for the exercise of the judicial function. Traditionally applied to the constitutional field, the judicial self-restraint also works as a parameter for the application of penal provisional measures in order to suspend the mandate of elected members of the Parliament or the Executive Power, since it is especially sensitive to the dynamics of the functioning of constitutional powers and equally sensitive to the respect for popular sovereignty. These theoretical findings are presented with the analysis of a case decided by the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, in which has been considered the peculiarities of the political context of the municipality of Niterói as a decisive factor to prevent the order of the said provisional measure.

**KEYWORDS:** Judicial Self-Restraint. Provisional Measures. Suspension of elected members.

## INTRODUÇÃO

Por vezes, o atuar na Magistratura apresenta realidades concretas que fazem com que se pense os próprios limites de atuação no exercício do Poder; dizer o direito com força de definitividade é, indubitavelmente, técnica que exige a prudência como virtude. O direito que se propõe como meta à concretização da justiça - ou seja, todo ele, sob pena de contradição com o que lhe é inerente- deve se debruçar sobre realidades concretas; o estudo e a formação que são caros ao exercício da atividade judicante são as ferramentas úteis à leitura dos fatos em julgamento. O presente estudo assim se originou.

Foi submetido à julgamento, do qual participou o primeiro autor deste artigo, caso em que se discutia a manutenção - ou não - da medida cautelar prisional e/ ou a possibilidade de aplicação de cautelares alternativas à prisão a, dentre outros, prefeito em exercício do Município de Niterói. Dentre os pontos apontados para fundamentar, de modo excepcional, a manutenção do denunciado no exercício de suas funções, esteve a consideração das circunstâncias fático-políticas daquele Município. Observou-se que, em respeito à soberania popular, manifestada pelo voto, bem como ao equilíbrio institucional entre os Poderes, havia de ser feita uma autocontenção judicial, no ponto.

O princípio da autolimitação judicial, que encontra aplicação primordial em sede da jurisprudência constitucional de controle de constitucionalidade, afigurou-se, para o caso em julgamento, como relevante fundamento decisório. Portanto, busca-se no presente estudo a análise do sentido da expressão autolimitação judicial, para compreender sua origem e como se relaciona à função jurisdicional.

A seguir, se analisam as questões relacionadas às cautelares penais de afastamento das funções públicas quando implicam afastamento de ocupante de cargo eletivo. Destacam-se as peculiaridades da medida, porquanto diretamente relacionadas ao sistema democrático e ao respeito da vontade popular, apontando ainda como tem decidido os Tribunais Superiores quanto à matéria.

Por fim, são expostas as circunstâncias e elementos fáticos do caso que inspirou o presente estudo, isto é, o que motivou a manutenção do Prefeito de Niterói em suas funções, ao passo que os codenunciados que estavam presos, embora também tenham tido a revogação da medida prisional, tenham sido afastados do exercício de suas funções no setor público ou privado. Explana-se, assim, como se visualizou a aplicação do princípio da autolimitação à análise da medida cautelar.

A aproximação entre o conhecimento teórico e a práxis é feita com peculiar acuidade pelo Ministro Luís Roberto Barroso; suas decisões judiciais enriquecidas de alto valor doutrinário já se encontram nos anais da história da Excelsa Corte. O presente estudo é nosso contributo para homenagear o ilustre jurista.

## 1. O SENTIDO DA EXPRESSÃO “AUTOLIMITAÇÃO JUDICIAL”

A noção de autolimitação judicial está associada aos próprios limites da função jurisdicional. A origem terminológica tem sede na jurisprudência constitucional estadunidense, sendo definida pelo juiz Marshall como significando haver certas “questões políticas” da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controle jurisdicional<sup>1</sup>.

Contudo, a expressão ganha especial relevo em contexto mais atual, mormente a partir da década de 1950, com a discussão relativa ao papel da Suprema Corte estadunidense no âmbito do controle judicial de constitucionalidade das políticas públicas daquele país, isto é, se a Corte deveria, diante de tais temas, se restringir aos métodos interpretativos clássicos e analíticos – gramatical ou lógico – ou se, em vez disso, poderiam optar por uma abordagem mais flexível, com valorização do contexto histórico e identificação das condições e expectativas da sociedade contemporânea<sup>2</sup>.

Daí surge a relação estabelecida entre ativismo e autolimitação judicial, em que são apontados como antônimos. O ativismo judicial é entendido por BARROSO como associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, o que é manifestado por meio de diferentes condutas, as quais incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>3</sup>.

Em sentido oposto, a autolimitação judicial é compreendida como uma postura judicial que restringe a extensão da atuação judicial na análise dos atos emanados dos outros Poderes. Por essa razão, o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho classifica a autolimitação judicial como

1 CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1309.

2 MCWHINNEY, Edward. *Palestra Judicial Activism and the International Court of Justice proferida na Série de Conferências da Biblioteca Audiovisual de Direito Internacional das Nações Unidas*. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/lis/McWhinney\\_CT.html](http://legal.un.org/avl/lis/McWhinney_CT.html)>

3 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In *Synthesis*, v.5, n. 1, 2012. ps. 23-32. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>.

*princípio funcionalmente limitativo*<sup>4</sup>, o que, de fato, se verifica. A autocontenção judicial está atrelada aos limites funcionais da função jurisdicional, da qual o correto funcionamento depende o projeto constitucional e o equilíbrio institucional, mormente por se considerar o amplo acesso ao Judiciário previsto na Constituição da República de 1988 e a amplitude das matérias tratadas pelo texto constitucional.

Nesse sentido, com base no pensamento de Niklas Luhmann, destaca o Desembargador Federal Néviton Guedes:

*A diferenciação funcional do direito, destacando-o dos outros subsistemas sociais (exemplos: moral, economia e política), é uma das maiores conquistas modernas das democracias ocidentais, pois foi ela que permitiu aos cidadãos saber o que esperar do Estado e o que o Estado deles poderia exigir. No dizer de Niklas Luhmann, o direito tem a (relevantíssima) função de estabilizar normativamente as expectativas humanas e, numa sociedade cada vez mais complexa, caracterizada por um crescimento desorganizado (indeterminado) dessas expectativas, essa função só será adequadamente alcançada por meio de uma seleção (normativa) de tais expectativas. Quando órgãos judiciários, contudo, passam a atender (expressa ou veladamente), com regularidade, expectativas sociais não selecionadas normativamente pelo direito, como são o caso de exigências essencialmente políticas, econômicas ou morais, estar-se-á esgarçando a diferenciação funcional do direito, que permitiu às democracias ocidentais uma de suas mais importantes conquistas: a previsibilidade na ação do Estado e da própria sociedade*<sup>5</sup>.

De fato, como aspecto central à noção da autolimitação está a percepção de que o sistema jurídico é inábil a dar as melhores respostas para todas as questões que surgem no espectro social. A expansão do sistema jurídico para áreas que devem estar em outros sistemas gerará, quando pouco, disfunção e instabilidade institucional e, por conseguinte, descrédito ao Judiciário perante o corpo social.

Ainda dentro do alcance conceitual da expressão “autolimitação judicial” - e de seus sinônimos: “autocontenção judicial” e “*judicial self-restraint*” - encontram-se as doutrinas *Chenery* e *Chevron*, igualmente

4 CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1308.

5 GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

frutos da jurisprudência constitucional estadunidense, mas que ganharam ampla repercussão, inclusive chegando às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à primeira, *Chenery Doctrine*, ressalta-se que acaba por representar princípio do direito administrativo estadunidense, cuja formulação clássica provem de decisão da *Supreme Court* de 1943 no caso *SEC versus Chenery Corp.*<sup>6</sup> No referido caso, estabeleceu-se que: “Uma decisão administrativa não pode ser mantida, a menos que os fundamentos sobre os quais a agência tenha atuado no exercício de seus poderes sejam aqueles sobre os quais suas ações possam ser sustentadas” (tradução nossa)<sup>7</sup>.

Assim, ao contrário do que ocorre em relação às leis, cuja constitucionalidade poderá ser objeto de análise judicial, e das decisões das instâncias judiciais inferiores, cujo mérito será passível de revisão judicial nos moldes previstos pelo sistema recursal, em se tratando de revisão judicial da atuação da Administração, o Judiciário não poderá fornecer ou substituir fundamentos por elas fornecidos. Dito de outro modo, a validade da atuação das agências depende da validade da fundamentação de que elas se valem.<sup>8</sup>

Por sua vez, a doutrina *Chevron* (*Chevron Deference*) foi cunhada em razão do *case* que firmou o precedente: *Chevron U.S.A. Inc versus Natural Resources Defense Council*<sup>9</sup>, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984. O tema se insere especificamente no âmbito do controle judicial dos atos editados pelas agências reguladoras e constitui verdadeiro norte para a relação entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras, em que se forjou o princípio da deferência técnico-administrativa.

No julgamento do caso, foi estabelecido um teste legal destinado a determinar quando a Corte deve aceitar a resposta ou interpretação da agência, sendo tal deferência apropriada nos casos em que a resposta da agência não seja desarrazoada e desde que o Congresso não tenha se manifestado diretamente sobre a questão. Assim, caso haja uma delegação

6 Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation et al. 1943*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/318/80>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

7 “An administrative order cannot be upheld unless the grounds upon which the agency acted in exercising its powers were those upon which its actions can be sustained”.

8 STACK, Kevin M. *The Constitutional Foundations of Chenery*. Yale Law Journal. Disponível em: <[https://www.yalelawjournal.org/pdf/520\\_vohvg5vq.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/520_vohvg5vq.pdf)>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

9 Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

legislativa não explícita a uma agência a respeito de uma questão pontual, não cabe ao Judiciário substituir interpretação razoável ou racional feita pela agência por uma outra que lhe pareça mais adequada<sup>10</sup>.

No Brasil, também há manifestação da autolimitação judicial na jurisprudência constitucional. Em ADI proposta pela Confederação Nacional da Indústria, o Supremo Tribunal Federal fez referência expressa à deferência administrativa e ao Caso Chevron, manifestando-se nos seguintes termos:

*Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).<sup>11</sup>*

Como se nota, o tema da autolimitação já permeia a própria jurisdição constitucional brasileira. Representa, ainda, a percepção de que cabe ao próprio Poder Judiciário promover a definição dos limites de seu âmbito de atuação, tendo em conta o amplo acesso ao Judiciário, que se estende tanto à legitimação dos sujeitos quanto ao rol de matérias apreciáveis, o que, por certo, impõem desafios que serão resolvidos apenas pelos próprios órgãos julgadores ao determinarem o limite de suas atuações.

No que concerne à jurisdição penal exercida por órgãos togados, tem-se, inclusive, hipótese constitucional de contenção e limitação, qual seja, a dos casos dos crimes dolosos contra a vida, posto que condenações ou absolvições decididas pelo Tribunal do Júri não podem ser revisadas quanto ao mérito, tudo em respeito à soberania popular dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República de 1988).

10 WEX Legal Dictionary. 2017. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/wex/chevron\\_deference](https://www.law.cornell.edu/wex/chevron_deference)>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

11 Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4874/DF. Rel., Min. Rosa Weber. J. 01/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DEFER%CANCLIA+T%C9CNICO%29&base=baseA-cordao&url=http://tinyurl.com/y22d3gle>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

## 2. A MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS EM RELAÇÃO A MANDATOS POLÍTICOS DECORRENTES DE ELEIÇÕES

No texto original do Código de Processo Penal de 1941, para além das medidas prisionais, não houve a previsão de medidas cautelares de natureza pessoal, mas tão somente as cautelares reais (como o sequestro e a hipoteca legal) e as cautelares destinadas a funções probatórias (busca e apreensão).<sup>12</sup>

A situação no campo normativo apenas se alterou setenta anos depois da promulgação do referido diploma legal, com o advento da Lei nº. 12.403/2011, que alterou a redação de diversos dispositivos no Código de Processo Penal para passar a dispor verdadeiro sistema de cautelares pessoais. Tais medidas se espelharam na legislação portuguesa (art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal português), que em terras lusitanas recebem a alcunha de medidas de coação, as quais, a seu turno, foram inspiradas no sistema italiano (art. 280 e seguintes do *Codice di Procedura Penale*).<sup>13</sup>

Dentre as novas cautelares previstas, destaca-se a de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, prevista no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Apesar de sua previsão expressa datar de 2011, tal medida já vinha sendo aplicada pelos tribunais a título de medida cautelar atípica que, não raramente, era decretada levando-se em consideração os mesmos fundamentos que embasavam a prisão preventiva, com base no princípio da proporcionalidade<sup>14</sup>.

Questão que causa indagação e tem gerado controvérsia diz respeito à extensão da expressão “funções públicas” presente no inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Parcela da doutrina tem defendido a limitação do alcance da expressão para afastar a aplicação aos ocupantes de cargos eletivos. Nesse sentido:

12 PACELLI, Eugênio. As medidas cautelares pessoais no processo penal: introdução à instrumentalidade. 29/03/2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/29/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-introducao-instrumentalidade/>>.

13 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 516.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 114.734/ES, Rel. Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009.

*Já quanto ao conteúdo das atividades, a interpretação há que ser restritiva, evitando-se a expansão dos horizontes da aludida medida cautelar, extremamente gravosa aos direitos fundamentais. Por função pública há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública. A delimitação de seus contornos conceituais há que ser encontrada no Direito Administrativo. Compreende-se por função pública, então, toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o emprego público sob o regime trabalhista. (...) Em caso de mandato eletivo, em que o exercício do cargo deriva de fundamentação constitucional, e, mais, vem lastreado na livre manifestação do voto popular, somente em caso de condenação eleitoral e no Código Eleitoral – todos, porém, autorizados na Constituição da República (art. 14, §§ 9º e 10, e art. 15) – é que se poderá pretender o afastamento do cargo. O fato de ser possível a prisão de alguns ocupantes de mandato eletivo – respeitados os casos de imunidade processual e material do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional – não autoriza a compreensão de ser cabível o afastamento do mandato eletivo. Esse, o mandato, tem como legítimo titular a soberania do voto popular. (grifos nossos)<sup>15</sup>*

Em que pese o receio de parcela da doutrina, fato é que, com o advento da alteração legislativa, no campo jurisprudencial tem se firmado posição pela possibilidade de afastamento de detentor de cargo político, o que se verifica tanto nas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup> quanto pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup>.

Em defesa da possibilidade da aplicação da cautelar à detentores de mandatos eletivos, destaca-se o sustentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, com brilhantismo, quando de seu voto na ADI 5526/DF ao analisar a hipótese de afastamento de um parlamentar, mas que sem dúvida pode ser estendido para outros cargos políticos:

15 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 521.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AC4070/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 5/5/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário ADI 5526/DF. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 11/10/2017.

17 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. RHC 88.804/RN, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017; BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. RHC 94.002/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019.

*O afastamento de um parlamentar numa democracia não é, absolutamente, uma medida banal. Pelo contrário, é uma medida excepcionalíssima, como excepcionalíssimo há de ser o fato de um parlamentar utilizar o cargo para praticar crimes. Evidentemente, essa não é a regra, essa é a exceção e, portanto, exceção contrabalancada por exceção. A ideia de que o Poder Judiciário não possa exercer o seu poder cautelar para impedir o cometimento de um crime que esteja em curso é a negação do Estado de Direito. Significa dizer que o crime é permitido para algumas pessoas. Eu não gostaria de viver em um país que fosse assim.*

Por outro lado, verifica-se que as decisões dos Tribunais Superiores têm realizado mitigações em prol dos detentores de cargos políticos, a fim de mitigar a interferência no exercício do mandato eleitoral. Nesse sentido, destaca-se o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5526/DF, em que se determinou a aplicação, por analogia, da regra prevista no art. 53, § 2º, da Constituição da República<sup>18</sup>, às medidas cautelares diversas da prisão, quando estas tenham o condão de impedir, direta ou indiretamente, que o parlamentar exerça seu mandato. Ressalta-se, ainda, que a Excelsa Corte, no julgamento conjunto das ADI 5823-MC/RN; ADI 5824-MC/RJ e ADI 5828-MC/MT<sup>19</sup>, fixou entendimento de que é extensível aos deputados estaduais a possibilidade de revogação das cautelares fixadas judicialmente pela Assembleia Legislativa, definindo-se a tese de que o Poder Legislativo estadual tem a prerrogativa de sustar decisões judiciais de natureza criminal, precárias e efêmeras, cujo teor resulte em afastamento ou limitação da função parlamentar.

O Superior Tribunal de Justiça também tem realizado mitigações dos efeitos das cautelares de afastamento do mandato eleitoral, mas com base no critério temporal. Isso porque, embora reconheça a possibilidade de aplicação da medida cautelar prevista no art. 319, VI, do Código de Pro-

<sup>18</sup> § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 5823 MC/RN; ADI 5824MC/RJ e ADI5828MC/MT. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgados em 8/5/2019.

cesso Penal aos detentores de mandatos políticos, reputa ilegal a permanência prolongada do afastamento<sup>20</sup>.

De fato, tem-se que as cautelares alternativas à prisão atendem as finalidades instrumentais do processo penal, afastando a dicotomia entre prisão e liberdade, para atender, com base no princípio da proporcionalidade, às finalidades cautelares, evitando-se o encarceramento inadequado, ou desnecessário que o caso concreto apresente.

Não há razão para excluir do âmbito de incidência do art. 319, VI, do Código de Processo Penal os detentores dos cargos eletivos. Se, por um lado, pondera-se o respeito à soberania popular manifestada no processo eleitoral, por outro, tem-se que o mandato eleitoral não pode ser encarado como couraça à perseguição penal. Não obstante, tal medida não pode ser banalizada, já que tais determinações judiciais devem se atentar para a inerente densidade política da matéria, bem como sua estreita relação entre o equilíbrio dos Poderes e com a valorização da soberania popular, temas sensíveis na dinâmica constitucional.

### 3. ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Tendo em consideração as peculiaridades inerentes ao afastamento do exercício do mandato eleitoral acima identificadas, analisa-se um caso concreto, julgado pelo Terceiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se entendeu pela autocontenção judicial<sup>21</sup> quando da análise de medidas cautelares alternativas à prisão.

O caso que ora se analisa tem como origem ação penal deflagrada em face da suposta prática dos crimes de corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333, do Código Penal), bem como de organização criminosa (art. 2º da Lei n.º 12.850/2013), praticados, em tese, por empresários do ramo de transporte urbano e agentes públicos, incluindo o Prefeito do município de Niterói, uma das mais relevantes cidades do Estado do Rio de Janeiro.

20 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. HC228023-SC. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, julgado em 19/06/2012; BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. HC 449.680/BA, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018

21 O presente texto visa a analisar apenas as questões já julgadas no âmbito dos Agravos Internos, na **Ação Penal Originária nº 0068811-80.2018.8.19.0000**, que impugnavam a prisão cautelar e em que foi analisada a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão. Os fatos apurados na ação penal originária ainda pendente de julgamento não são objeto de análise no presente estudo.

Quando do ajuizamento da ação penal, foi deferida a prisão preventiva dos envolvidos, incluindo a do Prefeito em exercício. As defesas recorreram da decisão monocrática e houve o julgamento favorável dos agravos interpostos, no sentido de revogar a prisão preventiva, com a determinação de medidas cautelares alternativas à prisão. Com exceção do Prefeito, a todos os outros que estavam segregados cautelarmente foi imposta a cautelar de afastamento das funções que ocupavam, seja no âmbito do Poder Público (secretário municipal), seja na atividade empresarial. Assim foi decidido, entre outras razões, pela aplicação da autocontenção judicial, diante das peculiaridades que o caso apresentava.

A peculiaridade no tratamento da matéria decorre da soberania constitucional do voto e da situação política específica do Município de Niterói, o que recomendou a manutenção do chefe do Executivo local no exercício de seu mandato.

Destaca-se que o Município não possuía vice-prefeito – o titular renunciou ao cargo para concorrer ao cargo de vice-governador - de tal modo que, com a prisão e afastamento do denunciado do cargo de Prefeito, quem assumiu o Poder Executivo municipal foi o Presidente da Câmara dos Vereadores. Tal situação de desestabilidade institucional demandou especial ponderação na análise da manutenção do afastamento cautelar do cargo de Prefeito.

Cumprе ressaltar ainda que, caso fosse mantido o afastamento, e tendo em consideração o tempo inerente ao processamento da ação penal, acabar-se-ia, por via transversa, a se esvaziar o restante do mandato eleitoral do Prefeito, já que a gestão terminaria, com alto grau de probabilidade, antes do término da ação penal.

Além disso, diante do fato de o Vice-Prefeito eleito ter se afastado para concorrer ao cargo de Vice-Governador, a soberania popular expressa no processo eleitoral acabaria por ser atingida mais gravemente, uma vez que, na prática, quem assumiria o restante do mandato seria o Presidente da Câmara dos Vereadores, que, por óbvio, não fora eleito com tal finalidade.

O político investigado havia sido **reeleito** com quase 60% (sessenta por cento) dos votos válidos, e tal expressão popular, embora não seja o único fator de análise, não poderia ser desconsiderada pelo Poder Judiciário na apreciação das medidas cautelares penais.

O Poder Judiciário, por um lado, não deve se curvar à opinião pública ou ao clamor popular quando do exercício de seu labor de dizer o direito com força de definitividade. Não obstante, tampouco deve exercer a sua atividade desconsiderando os efeitos práticos e consequências políticas de suas decisões, mormente em se tratando de matéria inerente ao respeito às decisões democráticas, derivadas do voto, particularizada por não se tratar de eleição, mas renovação do mandato popular e de uma das mais relevantes cidades do Estado do Rio de Janeiro, a qual já foi, inclusive, capital.

Concluiu-se que o afastamento do acusado do cargo de Prefeito seria inadequado e se revelaria desproporcional.

Assumiu-se, portanto, postura que, em privilégio à soberania popular, da qual emana todo o poder constitucional, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República, realizou-se a autocontenção da atuação judicial ao se deixar de determinar o afastamento do denunciado da função no Executivo Municipal.

Conforme se viu, em que pese a autocontenção ter aplicação, primordialmente, no âmbito da jurisdição constitucional quando do exercício do controle de constitucionalidade, aplicável também à hipótese em análise, porquanto a decisão relativa à privação da liberdade e/ou restritiva de direitos implica necessariamente em choque entre direitos e garantias fundamentais, mais especificamente entre os direitos individuais garantidos no art. 5º, incisos LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”); LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”); e LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”) e os direitos políticos assegurados no art. 14, todos da Constituição da República, e tudo sob o abrigo da **soberania popular**, erigido a princípio constitucional **fundamental** (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”).

Havendo colisão entre Direitos Fundamentais, a contextualização fática, social e política será a balizadora da solução que melhor atenda à sociedade ou lhe minore as consequências.

Com efeito, a manutenção do Prefeito em seu mandato constitucional decorreu não apenas da desnecessidade da cautelar diante dos elementos fáticos concretos, mas também do respeito ao equilíbrio institucional entre os Poderes Municipais, dada a situação de anencefalia que restaria provocada no Poder Executivo, bem como pelo respeito à soberania popular expressada reiteradamente no processo eleitoral, vez que o Prefeito foi reeleito para o cargo.

Desse modo, deixou-se de promover ou manter o afastamento do acusado do cargo de Prefeito, e teve-se as demais medidas cautelares alternativas à prisão - comparecimento periódico, proibição de contato com os corrêus, proibição de saída do estado ou do país sem prévia autorização - como suficientes às funções instrumentais.

## CONCLUSÃO

Em que pese a autolimitação judicial, entendida como princípio funcionalmente limitativo, ter origem no campo da jurisprudência constitucional estadunidense, mormente no controle de constitucionalidade dos atos editados pelos demais Poderes, tem-se que, diante das peculiaridades do afastamento cautelar do cargo eleitoral no âmbito do processo penal, também é possível a utilização dos critérios de autolimitação como razão de decidir.

Circunstâncias concretas, como as verificadas no caso judicial analisado, indicavam a manutenção do agente político no exercício da Chefia do Executivo Municipal, em exercício de compreensão da autolimitação do exercício da jurisdição penal no caso.

As situações particulares levadas em consideração perpassaram a constatação de que inexistia Vice-Prefeito, por ter este renunciado ao cargo em momento posterior à posse, gerando situação de instabilidade entre os Poderes locais, já que o Executivo seria assumido pelo Presidente da Câmara de Vereadores, evidentemente sem a representatividade democrática necessária à condução de um dos mais relevantes municípios do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, verificou-se que o Prefeito afastado havia sido reeleito, o que sinalizava, com especial ênfase, a sua legitimidade democrática, bem como o fato de que a manutenção do afastamento cau-

telar ao longo do processo acabaria, na prática, por esvaziar o restante do mandato eleitoral, tendo em vista o tempo natural da instrução processual.

Viu-se, portanto, que o princípio limitativo da atuação jurisdicional se afigura instrumento jurídico-teórico útil não apenas a decisões no âmbito do controle de constitucionalidade, mas também em matérias outras que envolvam o respeito à divisão de Poderes e à soberania popular, como é o caso do afastamento cautelar de ocupante de cargo eleitoral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In *Synthesis*, v.5. n. 1, 2012. ps. 23-32. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. RHC 88.804/RN, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. HC228023-SC. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, julgado em 19/06/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 114.734/ES, Rel. Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4874/DF. Rel., Min. Rosa Weber. J. 01/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DEFER%CANCIA+T%C9CNICO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y22d3glc>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário ADI 5526/DF. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 11/10/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 5823 MC/RN; ADI 5824MC/RJ e ADI5828MC/MT. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgados em 8/5/2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AC4070/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 5/5/2016

CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation et al. 1943*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/318/80>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. *As medidas cautelares pessoais no processo penal: introdução à instrumentalidade*. 29/03/2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/29/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-introducao-instrumentalidade/>.

STACK, Kevin M. *The Constitutional Foundations of Chenery*. Yale Law Journal. Disponível em: <[https://www.yalelawjournal.org/pdf/520\\_vohvg5vq.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/520_vohvg5vq.pdf)>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

# O Dia em que a Mediação Salvou a Literatura

**José Roberto de Castro Neves**

*Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio) e da Fundação Getúlio Vargas. Advogado.*

Olavo Brás Martins dos Guimarães Bilac (1865-1918) nasceu predestinado. Seu nome forma um perfeito verso alexandrino, composto de doze sílabas (O-la-vo -Brás -Mar-tins -dos -Gui-ma-rães -Bi-lac), selando a sua vocação. Embora tenha frequentado os cursos de Medicina e de Direito (prestigiada faculdade do Largo de São Francisco, em São Paulo), não concluiu nenhum deles. Sua paixão sempre foram as letras. Assim, abandonou os estudos para se dedicar ao Jornalismo – e às rodas boêmias do Rio de Janeiro de então.

Embora estrábico e feioso, Olavo Bilac era dono de uma memória prodigiosa. Além de um exímio contador de histórias, sabia proclamar um sem-fim de poemas de cor. Seus contemporâneos reconheciam nele o dom da sedução. Ainda jovem, lança seu primeiro livro de poesias, em 1888, pelo qual recebe pronto reconhecimento. Nele, qualifica a língua portuguesa de “Última flor do Lácio, inculta e bela”. Naquele mesmo ano, apresenta “Via Láctea”:

Ora (dixeis) ouvir estrelas! Certo  
Perdeste o senso!” E eu vos dixei, no entanto,  
Que, para ouvi-las, muita vez desperto  
E abro as janelas, pálido de espanto...  
E conversamos toda a noite, enquanto  
A via-láctea, como um pálido aberto,  
Cintila. E, ao vir do sol, saudoso e em pranto,  
Inda as procuro pelo céu deserto.  
Dixeis agora: “Tresloucado amigo!

Que conversas com elas? Que sentido  
 Tem o que dizem, quando estão contigo?”  
 E eu vos direi: “Amai para entendê-las!  
 Pois só quem ama pode ter ouvido  
 Capaz de ouvir e de entender estrelas.

Logo em seguida, segue para a Europa, onde convive, em Paris, com Eça de Queiroz.

Ao retornar ao Brasil, Bilac se engaja em discussões políticas. Em 1891, o Marechal Floriano Peixoto assume o poder, destituindo o também militar Deodoro da Fonseca, primeiro presidente da nascente república brasileira. Bilac, com outros antiflorianistas, funda o jornal *O Combate*, para fazer oposição ao novo governo.

Em 9 de março de 1892, no auge desse embate político, Bilac, por meio de seu periódico, critica, asperamente, o escritor Raul Pompeia (1863-1895), por este ter aceito o cargo de professor de Mitologia na Escola de Belas Artes, sob o comando do governo de Floriano Peixoto. Depois, Pompeia chega a ser empossado como diretor da Biblioteca Nacional.

A política brasileira vive de emoções. Isso vem de longe. Floriano Peixoto, militar e herói da Guerra do Paraguai, assumiu, em 1891, a vice-presidência de Deodoro da Fonseca, o primeiro presidente da república que acabara de nascer. Deodoro, por sua vez, também militar – recebeu a patente de Marechal –, era, no fim do império, possivelmente a maior liderança no exército. Na época, a eleição se dava de forma indireta. Votavam apenas os congressistas e poderia haver presidente e vice-presidente de chapas diferentes. Foi o que ocorreu com Deodoro e Floriano, rivais, que pertenciam a grupos políticos distintos.

Pouco tempo depois de assumirem seus cargos, em um período conturbado também economicamente, mas ainda naquele mesmo ano de 1891, Deodoro é pressionado a renunciar seu cargo, em conspiração da qual participa o vice Floriano. Em 23 de novembro de 1891, Deodoro cai e Floriano – que viria a ser alcunhado de “O Marechal de Ferro” pela forma como reagiu às rebeliões que enfrentou em seu governo – assume o poder.

Naquele momento, ninguém poderia ficar indiferente aos temas políticos. Com o fim do império, o sentimento cívico aflorou. A república, por sua vez, chegou, com intrigas e traições, num estado frágil, despertan-

do paixões violentas e posições radicais. Como torcedores de agremiações de futebol, apoiadores de Deodoro, de um lado, e de Floriano, de outro, se atacavam asperamente.

Pompeia, embora criado no Rio de Janeiro, estudara Direito em São Paulo e conclui seu curso em Recife, cuja faculdade frequentou a partir do terceiro ano. Mesmo formado, jamais praticou a advocacia. Em 1888, pouco antes da acusação de Bilac, Pompeia apresenta “O Ateneu”, sua mais importante obra. Trata-se de um romance psicológico que narra, na primeira pessoa, as experiências do protagonista, ainda criança, nos seus anos de colégio interno. O livro possui um subtítulo: “Crônicas de uma Saudade”. Um romance de reminiscências, profundo, de enorme densidade psicológica. Um menino, no livro de Pompeia, é “entregue” por seu pai a um internato, rompendo a sua vida familiar de forma abrupta e violenta. “Vais encontrar o mundo, disse-me meu pai, à porta do Ateneu. Coragem para a luta”.

O livro também funciona como uma crítica às instituições do decadente império brasileiro, que o autor apresenta na forma de uma escola tradicional e ultrapassada (ao fim, consumida pelo fogo). A obra termina carregada de melancolia: “Aqui suspendo a crônica das saudades. Saudades verdadeiramente? Puras recordações, saudades talvez se ponderarmos que o tempo é a ocasião passageira dos fatos, mas sobretudo – o funeral para sempre das horas”.

Na sua denúncia a Raul Pompeia, Bilac, o mesmo homem capaz de ouvir e entender as estrelas, afirma, depois de acusar o literato de servilismo e bajulação, que a defesa do autor de “O Ateneu” a Floriano Peixoto apenas se poderia explicar por alguma espécie de “amolecimento cerebral, pois que Raul Pompeia masturba-se e gosta de, altas horas da noite, numa cama fresca, à meia-luz de veilleuse mortiça, recordar, amoroso e sensual, todas as beldades que viu durante o dia.” A imputação cai como uma bomba na cabeça complexa de Pompeia, que, sabidamente, tinha dificuldades de relacionamento com mulheres.

Pompeia revidou. Publica uma resposta no “Jornal do Commercio”. Segundo ele, “O ataque foi bem digno de uns tipos, alheados do respeito humano, licenciados, marcados, sagrados – para tudo – pelo estigma preliminar do incesto”, alfinetou o escritor. Pompeia chega a sugerir que

o solteirão Bilac tinha um caso com seu sobrinho. Quanto talento desperdiçado em baixarias!

Dias depois, Bilac e Pompeia se encontram casualmente na Rua do Ouvidor, no centro do Rio. Partem para as vias de fato. Socos e pontapés. Insultos de parte a parte. São apartados. A troca de tapas não se mostra suficiente para acalmar os ânimos. “Só a sangue isso pode acabar”, teria ameaçado Pompeia. Este, então, convoca Bilac a participar de um duelo de espadas, que ocorreria no atelier do escultor Rodolpho Bernardelli.

Dois anos antes desse episódio, Deodoro havia, por meio do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, alterado o Código Penal, para nele incluir como crime participar e, até mesmo, desafiar alguém para um duelo. Até pouco tempo, o duelo era considerado a forma elegante de proteger a honra. Apesar da proscrição do duelo, os dois literatos compareceram no dia marcado para o embate.

Cada um deles leva sua testemunha. Bilac vai acompanhado do deputado cearense (e segundo-tenente) Jesuíno de Albuquerque, enquanto Pompeia chega com o comandante do exército Francisco de Matos.

Já com as espadas nas mãos – embora nenhum deles soubesse bem manejá-las –, prontos para iniciar a luta, as testemunhas escolhidas concitaram os dois talentosos homens das letras a desistir da contenda. Argumentaram que ambos já haviam provado sua coragem e resguardado suas honras pelo simples fato de terem comparecido ao duelo. Nada mais era necessário.

Felizmente, as razões dos mediadores convenceram Bilac e Pompeia. Talvez, argumentos racionais, mesmo num momento tenso, tenham feito sentido para dois homens sensíveis e inteligentes, que, ademais, haviam estudado Direito. Bilac, que iniciou o conflito, apresentou um tímido pedido de retratação (tudo leva a crer que encaminhou seu pleito com a sutileza de um poeta). Segue-se um constrangido aperto de mãos. Salvam-se os dois.

No ano seguinte, 1893, Olavo Bilac é perseguido pelo governo de Floriano. Foge, vivendo um breve período na clandestinidade. Depois, entrega-se e fica, por um curto tempo, preso na Fortaleza da Lage, no Rio de Janeiro.

Com a morte de Floriano, em 1895, Pompeia é demitido da Biblioteca Nacional. Profere, entretanto, um discurso elogioso no enterro

do ex-chefe de Estado, no qual ataca Prudente de Moraes, presidente em exercício. Isso o coloca novamente no alvo de ofensas inflamadas. Luís Murat, poeta muito ligado a Bilac, publica, no fim de outubro daquele ano, no jornal “O Comércio de São Paulo”, artigo intitulado “Um Louco no Cemitério”. Segundo o texto: “Ora, já vê o Sr. Dr. Raul Pompeia, que essas bravatas demagógicas não lhe ficam bem”.

Raul Pompeia não suporta as críticas. No dia de Natal de 1895, o autor se suicida com um tiro no coração. Deixou uma nota: “Ao jornal *A Notícia*, e ao Brasil, declaro que sou um homem de honra”. Faltou-lhe seguir a recomendação do pai em “O Ateneu”: “Coragem para a luta”.

Bilac, por sua vez, viveu por muitos anos após o duelo com Pompeia. Escreveu, depois do incidente, crônicas e poemas, entre eles o famoso “Caçador de Esmeraldas”, de 1902, em versos alexandrinos clássicos, joia do movimento literário parnasiano. Muito popular, Bilac, ainda em vida, foi alcunhado de “príncipe dos poetas brasileiros”. Teve tempo, também, de se dedicar à campanha do serviço militar obrigatório.

O episódio permite algumas reflexões. O primeiro é o de que, assim como os brutos também amam, os poetas podem odiar. A profunda sensibilidade por vezes convive, no mesmo ser humano, com a intransigência.

Depois, somos obrigados a reconhecer que os conhecimentos jurídicos – de que dispunham tanto Bilac como Pompeia – não os impediram de cometer uma ilegalidade (participar de um duelo), nem os levaram a decidir suas diferenças de forma civilizada, num debate franco, ao invés de partir para a violência.

Por fim, há, no caso, uma atuação peculiar dos militares (as duas testemunhas): por um lado, participaram de um ato ilegal, pois o duelo se tornara crime; porém, por outro, foram esses “homens das armas” que convenceram os “homens das letras” a desistir do combate físico. Bem vistas as coisas, não fosse a mediação do segundo-tenente e do comandante, o Brasil possivelmente perderia, de forma prematura, um ou mesmo dois de seus maiores talentos literários, que, exaltados, viveram, como no verso de Bilac, “na extrema curva do caminho extremo”.

# Precedentes Judiciais

**Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Presidente do Fórum Permanente de Processo Civil da EMERJ. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). (colaboração de Annie Akil Pedersen).*

**RESUMO:** O Código de Processo Civil de 2015 busca, por meio dos precedentes judiciais, conferir maior efetividade, racionalidade e credibilidade ao nosso sistema. A segurança jurídica impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. A observância aos precedentes judiciais, sobretudo em matérias repetitivas, qualifica a prestação jurisdicional, contribui para a redução da litigiosidade e aumenta a credibilidade do Poder Judiciário, na medida em que impede a aplicação de soluções diferentes para casos idênticos.

**PALAVRAS CHAVE:** Precedentes vinculantes. Precedentes persuasivos. Reclamação. Segurança jurídica. Jurisprudência. Uniformização. Estabilidade. Integridade. Coerência. Acesso à justiça. Judicialização. Superação. Distinção.

**ABSTRACT:** The Civil Procedure Code 2015 seeks, through judicial precedents, to give greater effectiveness, rationality and credibility to our system. Legal certainty imposes on the courts the duty to standardise their case law, maintaining it stable, complete and consistent. Respect for judicial precedents, especially in repetitive matters, qualifies the judicial procedure, contributes to the reduction of litigation and increases the credibility of the judiciary, in so far as it prevents the application of different solutions for identical cases.

**KEY WORDS:** Precedents. Stare Decisis. Stability. Access to justice. Distinguishing and Overruling.

## 1. INTRODUÇÃO:

Vivemos numa sociedade altamente beligerante, habituada a resolver suas questões no Poder Judiciário. Passados mais de 30 anos da redemocratização, quando se garantiu o direito fundamental de acesso à justiça na Constituição Federal de 1988, nossa sociedade continua insistindo na *judicialização* para solução dos conflitos, sobrecarregando os tribunais do País. O elevadíssimo volume de processos em curso na Justiça brasileira prejudica a prestação jurisdicional, que se torna ineficiente em razão da morosidade, insegurança jurídica e descrédito.

O Código de Processo Civil de 2015, promovendo uma profunda reformulação em nosso ordenamento, implementou conceitos inovadores que buscam dar efetividade e dinamismo aos processos judiciais. A nova lei valoriza o precedente judicial (previsibilidade, estabilidade, igualdade e segurança jurídica), o contraditório (princípio da não surpresa), a singularização e qualificação das decisões (fundamentação adequada e vedação às decisões genéricas), a preponderância do julgamento do mérito (concentração de atos processuais e vedação às armadilhas processuais), o estímulo aos meios consensuais (mediação e conciliação), a limitação dos recursos (extinção dos embargos infringentes, embargos declaratórios sucessivos), desestímulo aos recursos infundados (honorários de sucumbência recursal), dentre tantas outras inovações.

Para que o código alcance seu objetivo de aprimorar o sistema processual, é fundamental que o intérprete valorize as normas fundamentais, que orientam a compreensão de todos os demais dispositivos. Na aplicação do CPC-15, o juiz deve ter compromisso real com a razoável duração do processo, buscando a solução de mérito justa e efetiva. Deve estimular a cooperação e reprimir atos contrários à boa-fé - objetiva e subjetiva - que atentem contra a dignidade da jurisdição. Respeitando o contraditório e o princípio da não surpresa, deve combater expedientes manifestamente infundados, que representem abuso no exercício das garantias processuais.

O processo deve caminhar em linha reta rumo à decisão final, preferencialmente de mérito. Observando sempre as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, deve o juiz conduzir os processos com foco na efetividade e razoável duração, superando as barreiras do formalismo vazio.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>1</sup>, jurista de incomparável grandeza, que exerceu a magistratura como desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pelo quinto constitucional, ensinou que o excesso de formalismo em nada contribuiu para o sistema de justiça, e que é possível conjugar boa técnica e solução justa. Vejamos:

*“O excesso de tecnicismo, que às vezes tem ameaçado converter o estudo do processo num exercício de acrobacia intelectual sem compromisso com a realidade, produz ao menos duas conseqüências altamente indesejáveis. Consiste a primeira em ocupar com a inútil sutileza de filigranas dogmáticas tempo e energia que melhor se aplicariam noutras tarefas. A segunda, não menos nociva, consiste em provocar em muitos espíritos, à guisa de reação, certo desprezo pela técnica, instrumento de trabalho contudo imprescindível a quem quer que aspire a ultrapassar o plano do diletantismo amadorístico e fazer obra científica séria. (...) Engana-se quem supõe que a obediência à boa técnica afaste os julgadores do caminho da justiça. Quinze anos de experiência judicante no Tribunal de Justiça do meu Estado convenceram-me de que, quando a solução à primeira vista tecnicamente correta de uma questão conduzia a decisão suspeita de injusta, era aconselhável rever as premissas e a articulação do raciocínio, em que não raro se escondia vício responsável pelo desvio”.*

No presente estudo, concentro-me nos precedentes judiciais que, na minha avaliação, podem contribuir para reduzir a instabilidade jurisprudencial que ainda se verifica no País, estimulando a redução da litigiosidade no Brasil, especialmente em ações seriais, repetitivas. O ideal de justiça é incompatível com resultados diferentes para questões idênticas (*‘treat like cases alike’*). O princípio da isonomia justificou a implementação do sistema

<sup>1</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões de Técnica de Julgamento nos Tribunais. *Estudos de direito processual civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 492.

de precedentes no atual Código de Processo Civil, como forma de reduzir a instabilidade decisória.

## 2. INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA:

A segurança jurídica é um dos pilares do atual Código de Processo Civil, cabendo aos tribunais, por força da regra do artigo 926, o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente<sup>2</sup>. É um preceito de igualdade que emana da própria Constituição Federal.

Busca-se, verdadeiramente, conciliar os princípios da efetividade e da razoável duração. No mais das vezes, as lides devem ser resolvidas por decisão de mérito, com fundamentação adequada, integridade e coerência, atentando-se para os precedentes judiciais. A isonomia exige que casos idênticos sejam decididos da mesma forma, evitando-se o resultado lotérico, que muitas vezes se verifica na escola da Civil Law. A função jurisdicional deve ser exercida a partir de uma leitura racional do Direito, hígida, mediante interpretação legítima e possível das normas jurídicas.

Com efeito, a interpretação e aplicação das normas, pelo juiz, não pode representar um superpoder de atribuir ao texto legal um significado novo, deturpando a proposição verdadeira, sob pena de desempenhar um papel legislativo que democraticamente não lhe cabe. E é forçoso reconhecer que o “livre convencimento” acaba gerando soluções diferentes para causas idênticas, deixando o jurisdicionado à mercê da discricionariedade judicial.

EDUARDO J. COUTURE<sup>3</sup>, ao discorrer sobre a interpretação das leis processuais, formulou importante advertência:

*“Ninguém, certamente, considera que interpretar a lei seja interpretar a passagem de um artigo ou de um inciso, colocando-o ao microscópio e examinando suas partículas, absolutamente desinteressado de todo o organismo vivo, do qual faz parte esse fragmento. Isso não é interpretar, é apenas*

2 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

3 COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 28/29.

*ler um texto. A leitura pode ser tão inteligente e compreensiva quanto se queira; poderá o leitor conhecer a etimologia de todas e de cada uma de suas palavras, dominando suas raízes históricas; poderá ser ele um sagaz crítico gramatical, capacitado a pôr em relevo as exatidões ou os erros do trecho examinado. Mas se o trabalho não vai além disso, se se limita a examinar o fragmento que se encontra ao microscópio, não haverá interpretação. Toda tarefa interpretativa pressupõe trabalho de relacionar a parte com o todo. O sentido é extraído inserindo-se a parte no todo”.*

Por sua vez, HUMBERTO THEODORO JUNIOR<sup>4</sup> assinala que:

*“Sim, a interpretação do juiz não deve ser servil à literalidade da lei, porque nela influem razões axiológicas inevitáveis no ato de concretizar o preceito abstrato traçado pelo legislador. Para tanto, não violará a lei, mas fiel a ela, desvendar-lhe-á o sentido justo e adequado, em conformidade com preceitos de hermenêutica que o próprio direito consagra. É nesse plano que a moral interfere na aplicação dos preceitos jurídicos. Dá-lhes harmonia e aprimoramento, no rumo de realizar a justiça, sem, entretanto, revogá-los ou desprezá-los. Outorga-lhes mais sentido e maior virtude, tornando-os mais justos e equânimes”.*

### 3. O ACESSO À JUSTIÇA E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO:

A Constituição de 1988 consagrou, no art. 5º, XXXV, dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>5</sup>.

O fortalecimento do acesso à justiça (ou direito de ação), como forma de exercício da cidadania por meio da efetivação de direitos, importou, por outro lado, no fenômeno da judicialização (massificação de demandas), que fez desaguar no Poder Judiciário uma quantidade extraordinariamente elevada de processos.

Desde 1988, novos diplomas jurídicos foram promulgados para assegurar o acesso à justiça, tais como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e o Código de Defesa do Consumidor. A sociedade sentiu-se encorajada a

4 THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: papel do juiz. *Estudos de direito processual civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 644.

5 Art. 5º. (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

litigar, a reclamar seus direitos, inclusive a população de baixa renda, amparada na assistência judiciária gratuita.

O Código de Processo Civil de 1973, mesmo com todas as suas reformas, tornou-se incapaz de resolver o grave problema da *judicialização*, tornando necessária uma nova lei procedimental. O código em vigor, alinhado à Constituição Federal, respeita a garantia fundamental do acesso à justiça e, ao mesmo tempo, oferece ferramentas para agilizar o trâmite dos processos, sobretudo em temas repetitivos, como no Direito do Consumidor, Previdenciário e Tributário.

#### 4. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O DEVER DE ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA:

Como já mencionamos, o artigo 926 do CPC impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

*Jurisprudência e Precedente não são termos sinônimos. A jurisprudência é genérica, remetendo à ideia de conjunto reiterado de acórdãos num mesmo sentido, representando o entendimento sedimentado de um tribunal sobre determinado tema. O precedente, a seu turno, é a decisão do caso concreto, individualizada, e que serve de parâmetro para outras decisões, de forma persuasiva ou obrigatória. Logo, pode-se dizer que jurisprudência é o conjunto de precedentes.*

Nas palavras de RONALDO CRAMER<sup>6</sup>:

*“A distinção entre precedente e jurisprudência é praticamente quantitativa. Precedente refere-se a uma decisão sobre um caso, ao passo que jurisprudência é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão.*

*Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira observam, com propriedade, que a jurisprudência constitui o precedente reiterado. Os referidos autores, inclusive, demonstram a relação entre precedente, jurisprudência e súmula:*

6 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 72-73.

*Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.*

*Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da 'ratio decidendi' (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.*

*Há, pois, uma evolução: precedente - jurisprudência - súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas (Curso de direito processual civil, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.487)."*

Analisemos os quatro deveres que o art. 926 impõe aos tribunais.

O dever de *uniformidade* consiste na obrigação de o tribunal zelar pela segurança jurídica, no sentido da unicidade do Direito, de modo a evitar decisões divergentes sobre temas idênticos, seja pela edição de súmulas, seja pela fixação de teses jurídicas de aplicação obrigatória.

O dever de *estabilidade* se materializa na construção de precedentes consistentes, bem fundamentados e de difícil superação, capazes de refletir, com clareza, o pensamento dominante no tribunal acerca de determinado tema. A estabilidade também impõe que o tribunal siga seus próprios precedentes.

O dever de *integridade* exige que a decisão judicial seja fundamentada em precedentes anteriores e princípios constitucionais, em harmonia com o Direito, livre de voluntarismos, discricionariedades e arbitrariedades, conferindo, assim, previsibilidade e credibilidade ao julgamento. Julgar com integridade é respeitar a unicidade do Direito.

O dever de *coerência*, finalmente, consiste na observância aos precedentes, ao julgamento uniforme e homogêneo em demandas idênticas, dentro da ideia de igualdade e respeito ao Direito. A coerência repulsa a discricionariedade decisória; a solução antagônica em demandas análogas; a ideia equivocada de que cada juiz pode interpretar o Direito como bem entender.

O art. 926 do Código de Processo Civil serve como farol de alerta no exercício da atividade jurisdicional. Lembra que os juízes são órgãos de um mesmo corpo, que somente funcionará se todos atuarem em prol do seu bom funcionamento, de forma harmônica e coletiva, sem individualismos.

## 5. INTERPRETANDO O ART. 927 DO CPC:

Estabelece o art. 927 do Código de Processo Civil<sup>7</sup> que os tribunais observarão (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade possuem efeito vinculante e produzem eficácia contra todos (*erga omnes*), seja em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, seja em relação à administração pública direta ou indireta, tanto nas esferas federal, estadual ou municipal. É o que se extrai do art. 102, § 2º da Constituição Federal<sup>8</sup>. Logo, o inciso

<sup>7</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º. A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

<sup>8</sup> Art. 102. (...)

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

I do art. 927, sintonizado com a regra constitucional, evidencia que a hipótese é de vinculação obrigatória.

A observância obrigatória aos enunciados de súmula vinculante decorre do disposto no art. 103-A da Constituição Federal<sup>9</sup>, afastando qualquer dúvida acerca da sua vinculação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta.

Os acórdãos proferidos em Incidente de Assunção de Competência (IAC), em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente aplicados. Em relação ao IAC, dispõe o artigo 947, § 3º do CPC<sup>10</sup> que o acórdão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal, exceto se houver revisão de tese. Quanto ao IRDR, preceitua o artigo 985 do CPC<sup>11</sup> que a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do

9 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

10 Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

11 Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

respectivo Estado ou região (inciso I); bem como aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do artigo 986 (inciso II). Por último, os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos também são vinculantes em razão do disposto no art. 1040 do CPC<sup>12</sup>, porquanto a tese fixada no acórdão paradigma, nos tribunais superiores, deverá ser necessariamente aplicada pelos tribunais locais. Significa dizer que o entendimento definido nos processos selecionados se estenderá, de forma vinculante, a todos os outros que tratem da mesma matéria.

Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional não possuem eficácia vinculante, servindo como orientação, meramente persuasiva, que deverá ser levada em consideração pelo juiz em sua decisão, inclusive com o ônus argumentativo de explicar o motivo da não aplicação da súmula<sup>13</sup>. Ao contrário das três hipóteses anteriores,

12 Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º. A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º. Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º. A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

**13 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DESCABIMENTO DE RECLAMAÇÃO CONTRA ALEGADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA DESTA CORTE.**

1. A Reclamação dirigida ao STJ não se presta a proteger o jurisdicionado de decisões judiciais que não tenham seguido o posicionamento majoritário da jurisprudência desta Corte ou tese posta em enunciado de súmula deste Tribunal. Tal entendimento deflui do fato de que o único inciso do art. 988 do CPC/2015 que faz alusão ao cabimento de Reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula é o inciso III que restringe a proteção da Reclamação à ofensa às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. O art. 976, I, do CPC não se aplica às Reclamações dirigidas a Cortes Superiores, mas, sim, aos incidentes de demandas repetitivas, instituto concebido para ser instaurado no segundo grau de jurisdição, replicando na segunda instância mecanismo de solução de controvérsias repetitivas já existente nas instâncias extraordinárias, por meio dos recursos repetitivos e da repercussão geral.

não existe regra no ordenamento jurídico brasileiro que expressamente atribua eficácia vinculante aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional<sup>14</sup>, razão pela qual não há *eficácia vinculante na hipótese versada no inciso IV do referido artigo 927*.

Os juízes não estão vinculados à orientação oriunda do plenário ou do órgão especial dos seus respectivos tribunais. Interessante perceber que o próprio inciso V do art. 927 esclarece que a decisão proferida pelo tribunal de cúpula consiste em simples “*orientação*”, ou seja, é meramente persuasiva. Não há norma expressa que estabeleça a eficácia vinculante das decisões emitidas pelo plenário ou pelo órgão especial dos tribunais locais. Logo, não há eficácia vinculante na hipótese versada no inciso V do referido art. 927.

## 6. RECLAMAÇÃO:

A ação de reclamação, prevista no art. 988 da lei processual civil, é medida excepcional, que não se presta à impugnação de decisão judicial, como se recurso fosse<sup>15</sup>.

---

Nesse sentido, a Reclamação prevista no art. 988, IV, primeira parte, do CPC/2015, destinada a garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, será dirigida ao segundo grau de jurisdição.

3. É incabível o manejo da reclamação como sucedâneo recursal, tanto mais quando há evidências de que o reclamante interpôs o recurso cabível apto a questionar a suposta afronta à súmula do STJ no seu caso concreto.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na Rel 17.232/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, DJe 15/03/2019)

14 PROCESSO CIVIL. RECLAMAÇÃO. ROL TAXATIVO. INADMISSÃO. Reclamação contra a E. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis porque proferiu decisão em afronta à jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça. A Reclamação somente é cabível nos casos taxativamente previstos na lei com o sentido de preservar a competência e autoridade das decisões do Tribunal, garantir a observância de decisão do E. Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. Não ficou caracterizada na hipótese o desafio à autoridade das decisões do Tribunal. A reclamação não constitui nova espécie recursal, de modo que é inadmissível se não demonstrada a divergência com acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência deste Tribunal. Reclamação inadmitida. (0055442-19.2018.8.19.0000 - RECLAMAÇÃO - Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 23/11/2018 - SEÇÃO CÍVEL/TJ RJ)

15 AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REGIME DA LEI 8.038/90 E CPC/73. PEDIDO FUNDADO EM JURISPRUDÊNCIA NÃO VINCULANTE E DIREITO OBJETIVO.

1. A reclamação dirigida a esta Corte só é cabível quando se sustenta usurpação de sua competência, ofensa à autoridade de suas decisões ou contrariedade a súmula vinculante (CRFB/1988, arts. 102, I, I, e 103-A, § 3º). No segundo caso, exige-se que o pronunciamento tenha efeito vinculante ou, ao menos, que tenha sido proferido em processo subjetivo no qual o reclamante figurou como parte, hipóteses não configuradas nos autos. Também não se admite alegação de afronta a direito objetivo.

2. Agravo interno desprovido. (Rel 14.745-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 10/02/2017)

O art. 988 do CPC<sup>16</sup> prevê um rol taxativo para o ajuizamento da reclamação. No que interesse ao tema dos precedentes, é importante observar que a parte poderá manejar a reclamação em caso de inobservância de decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de súmulas vinculantes e de decisões proferidas em Incidente de Assunção de Competência (IAC) e em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Oportuno pontuar que a Resolução STJ nº 03/2016<sup>17</sup> autoriza o cabimento da reclamação, perante os tribunais locais, contra acórdão de turma recursal contrário aos precedentes vinculantes do Superior Tribunal

<sup>16</sup> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º. A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º. A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º. Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º. As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º. É inadmissível a reclamação:

I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º. A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

<sup>17</sup> RESOLUÇÃO STJ/GP Nº 3 DE 7 DE ABRIL DE 2016.

Dispõe sobre a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Art. 2º Aplica-se, no que couber, o disposto nos arts. 988 a 993 do Código de Processo Civil, bem como as regras regimentais locais, quanto ao procedimento da Reclamação.

Art. 3º O disposto nesta resolução não se aplica às reclamações já distribuídas, pendentes de análise no Superior Tribunal de Justiça.

Art. 4º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

de Justiça, em sede de recursos repetitivos, sendo certo, pelo raciocínio inverso, que a medida não será admitida quando o acórdão da turma recursal deixar de observar orientação jurisprudencial daquela Corte, de aplicação não obrigatória.

A definição do que seria um precedente vinculante não passa, necessariamente, pelo cabimento da reclamação, que é apenas um meio de impugnação. A eficácia vinculante de determinada decisão não passa pela possibilidade de uso da reclamação, mas sim quando houver norma expressa que estabeleça a observância obrigatória.

## 7. DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE - IDENTIDADE FUNDAMENTAL:

Os precedentes vinculantes (aqueles listados nos incisos I, II e III do art. 927 do CPC) poderão deixar de ser aplicados, exclusivamente, nas hipóteses de distinção (se não houver identidade da hipótese tratada no precedente e o caso concreto) ou superação da tese. Para tanto, é essencial que a decisão seja adequadamente fundamentada, como exige o art. 489, § 1º, VI do CPC (*“deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”*)<sup>18</sup>.

18 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Ao aplicar o precedente vinculante, deve ser feita uma comparação entre as decisões, de modo a constatar se há *identidade fundamental* entre os casos, a partir da análise dos fatos centrais e a questão jurídica posta. Havendo diferença, o juiz deve afastar a aplicação, motivando a decisão.

Na rotina forense, são comuns as petições (e decisões) que listam inúmeros julgados como reforço argumentativo, mas sem qualquer preocupação em demonstrar a *identidade fundamental* entre os casos, especialmente se o precedente for persuasivo.

O juiz tem o dever de enfrentar todos os argumentos efetivamente deduzidos pela parte que, em tese, possam infirmar a conclusão adotada, nos termos do art. 489, § 1º, IV do CPC, mas não é obrigado a enfrentar argumentos laterais, irrelevantes para a solução da controvérsia, inclusive os precedentes listados pelas partes sem o necessário cotejo analítico com o caso concreto<sup>19</sup>.

Analogicamente, deve ser adotada a mesma orientação exigida pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao recurso especial fundado no art. 105, III, c da Constituição Federal, como demonstra a seguinte passagem: “a mera transcrição de ementas e excertos, desprovida da realização do necessário cotejo analítico, que evidencie a similitude fática entre os arestos confrontados, mostra-se insuficiente para comprovar a divergência jurisprudencial ensejadora da abertura da via especial com esteio na alínea c do permissivo constitucional”<sup>20</sup>.

Evidentemente, no caso da superação (mudança de orientação jurisprudencial), o precedente vinculante também deverá deixar de ser aplicado. Isso poderá ocorrer de duas formas: revogação do precedente pelo próprio tribunal que fixou a tese jurídica ou pela instância superior.

Suponhamos que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da sua Seção Cível (órgão indicado pelo regimento interno para uniformização

<sup>19</sup> Ao comentar o art. 489, § 1º, IV do CPC, fiz a seguinte consideração:

“Merece atenção especial a regra prevista no inciso IV, que trata da necessidade de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos que, em tese, possam infirmar o entendimento alcançado pelo julgador. A redação não é das melhores, dando margem a diversas interpretações. No entanto, ao contrário do que a redação literal parece sugerir, o juiz não precisa abordar todos os pontos quando apenas um deles é capaz de solucionar satisfatoriamente a controvérsia. É incogitável que, por questão de puro diletantismo, o juiz seja instado a se pronunciar sobre argumentos laterais e irrelevantes suscitados pela parte, que em nada contribuirão para a elucidação do litígio. Feriria o bom senso, a razoabilidade, a utilidade e a busca pela razoável duração dos processos”. (CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de - Código de Processo Civil de 2015: Recursos, Tutelas Provisórias, Novos Incidentes e Temas Relevantes - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 98).

<sup>20</sup> STJ, AgInt no AREsp 1290738/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/09/2019, DJe 04/10/2019.

da jurisprudência do tribunal), fixe determinada tese jurídica, em matéria previdenciária, no julgamento de um IRDR. Caso essa tese seja rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (seja em recurso interposto no próprio IRDR, seja em outros processos), a consequência natural será a superação do precedente, que deixará de ser aplicado. Também pode ocorrer a revisão da tese jurídica pelo próprio tribunal que concebeu o precedente, de ofício ou mediante requerimento, o que importará na sua revogação<sup>21</sup>.

Por evidentes motivos, o tribunal inferior jamais poderá superar um precedente vinculante fixado por instância superior, sob pena de incorrer em usurpação de competência, que enseja reclamação (CPC, art. 998, I).

Em respeito à isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança legítima, a superação do precedente deve ser sempre excepcional, cautelosa, a partir de motivos altamente relevantes para tanto. Caso ocorra a alteração (total ou parcial), o tribunal poderá modular seus efeitos em atenção ao interesse social e às consequências para a sociedade (interesse público)<sup>22</sup>.

## 8. CONCLUSÃO:

É inegável a influência, cada vez mais acentuada, do sistema da *Common Law* em nosso ordenamento, que segue a tradição romano-germânica, do direito codificado, da *Civil Law*. Percebemos nítida convergência entre essas duas tradições jurídicas, como bem identificou MAURO CAPPELLETTI<sup>23</sup>:

*“Se é verdade que, mesmo hoje, profundas diferenças manifestam-se nas duas famílias jurídicas, igualmente é verdade que até nos sistemas de ‘Civil Law’ verifica-se o aparecimento do moderno fenômeno (que se encontra no centro deste ensaio) do aumento da criatividade da jurisprudência, ocorrido pelas mesmas razões examinadas nos §§ 5-10, e com as*

21 CPC, Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

22 CPC, art. 927. (...)

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

23 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 124 e 128.

*quais se apresentou também nos modernos sistemas de ‘Common Law’. Resta, certamente, uma diferença de grau, mas esta também está desaparecendo e se atenuando. De vários anos a esta parte, ocorre efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial. (...)*

*Podemos concluir, portanto, no sentido de que nos últimos anos ou décadas, em crescente número de países de ‘Civil Law’, o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial surgiu como aspecto substancialmente muito similar e contornos não menos dramáticos do que nos países de ‘Common Law’. Longe de ser insuscetível de análise comparativa, este fenômeno em grande medida é análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias jurídicas”.*

MICHELE TARUFFO<sup>24</sup> formula interessante paralelo entre os sistemas de precedentes e a teoria das estruturas dissipativas, concebida pelo físico-químico Ilya Prigogine<sup>25</sup>. Para o processualista italiano, o sistema de precedentes deve ser entendido como uma “nova ordem” emergida do caos:

*“Os precedentes poderiam funcionar como as estruturas dissipativas das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência. Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de*

24 TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Tradução Chiara de Teffé. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 out 2019.

25 “No mundo científico, Prigogine ficou conhecido, principalmente, em decorrência de seus trabalhos sobre sistemas físico-químicos que ainda não atingiram o equilíbrio termodinâmico com o ambiente - em linguagem mais técnica, sistemas químicos longe do equilíbrio termodinâmico. Um exemplo simples de sistema assim seria a experiência de retirar um bolo quente do forno e colocá-lo sobre uma mesa. A temperatura ambiente é menor que a do bolo aquecido. Enquanto o bolo não ‘esfria’ - ou seja, não atinge uma temperatura em equilíbrio com a do ambiente que o circunda -, ele é um sistema longe do equilíbrio. Aprofundando-se em suas pesquisas nessa área, analisando outros fenômenos mais complexos, Prigogine descobriu que, em sistemas químicos longe do equilíbrio termodinâmico, pode-se ter o surgimento de novas estruturas moleculares, que ele denominou de estruturas dissipativas. Os trabalhos sobre essas novas estruturas renderam-lhe o Nobel de Química em 1973. Prigogine contribuiu para a criação do que ficou conhecido como complexidade e teoria do caos, áreas segundo as quais, mediante o seu trabalho, a aparente desordem de determinados sistemas físico-químicos pode, na verdade, ser fonte de um novo tipo de ordem, possibilitando o surgimento de novas estruturas nesses sistemas.” (CARVALHO, Rodrigo França. *As contribuições do físico-químico Ilya Prigogine para uma nova compreensão da História*. Disponível em: <[https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1488759492\\_ARQUIVO\\_Ascrituicoesdo-fisico-quimicoIlyaPrigogineparaumanovacompreensodaHistoria.pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1488759492_ARQUIVO_Ascrituicoesdo-fisico-quimicoIlyaPrigogineparaumanovacompreensodaHistoria.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2019.

*racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes. Para que isso ocorra, porém, é necessário que eles não sejam mais um elemento de desordem e de variação casual ligada às especificidades dos casos concretos: é necessário que se trate de precedentes em sentido próprio, isto é, que apresentem as características distintivas de “raridade”, autoridade e universalidade em função das quais possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária”.*

Particularmente, penso que devemos ser mais cerimoniosos na interpretação das leis, respeitando sobretudo o pensamento sedimentado dos tribunais, retratado pela jurisprudência. Os precedentes, desde que construídos com integridade e coerência, dão racionalidade ao Direito e respaldo aos juízes, legitimando suas decisões. Não acredito que a adoção dos precedentes conseguirá resolver todos problemas do sistema judicial brasileiro, há décadas assoberbado de processos. Mas é uma tentativa importante, que deve ser respeitada pelos tribunais.

Contudo, consulto a advertência de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

*“Sem nenhum intuito de desempenhar o papel antipático de ‘desmancha-prazeres’, registramos que a experiência dos Estados Unidos - vistos como o habitat por excelência dos precedentes vinculantes - não confirma por inteiro as otimísticas expectativas.*

*Não possuindo bola de cristal, temos de reservar o juízo sobre o que acontecerá no Brasil; em todo caso, porém, atrevemo-nos a sugerir que roça pela imprudência apostar muito alto no bom sucesso das mudanças - e isso, a supor-se que um dia veremos a saber com exatidão o que dela terá resultado.*

*A nosso ver, os mecanismos previstos para a revisão dos paradigmas não exorcizam suficientemente o risco do imobilismo jurisprudencial, dada a notória relutância dos tribunais em recuar de posições consolidadas.*

*De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, as normas constitucionais. Já com relação a outras pode-se mostrar mais*

*aconselhável dar espaço a porção menor ou de mais flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos jurídicos indeterminados, cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à uniformidade, sobretudo em países com as dimensões e as desigualdades do nosso.*

*Aliás, não raro, notamos que a motivação judicial reduz-se à enumeração dos precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes - operação a que estaria obrigado - e substitui seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores.*

*Dia virá em que teremos dificuldade de identificar algum caso em que não haja vinculação”.*

Acredito que a adoção do sistema de precedentes - sobretudo os vinculantes - contribuirá significativamente para a redução da instabilidade jurisprudencial verificada em nossos tribunais, especialmente considerando a multiplicidade de ações judiciais em curso contendo identidade fundamental - similitude de fatos e tese jurídica. Naturalmente, o respeito aos precedentes ensejará a inevitável redução da litigiosidade, por desestimular o ajuizamento de demandas sem chances de êxito, dada a previsibilidade do resultado.

Sigamos em frente, com integridade, coerência e, sobretudo, esperança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1290738 de Santa Catarina. Relator: Minsitro Marco

Buzzi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=101654698&registro\\_numero=201801085438&publicacao\\_data=20191004&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=101654698&registro_numero=201801085438&publicacao_data=20191004&formato=PDF)>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Reclamação nº 37.232 do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2167403>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução STJ/GP nº 3 de 7 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/322386069/resolucao-stj-gp-n-3-7-de-abril-de-2016-do-stj>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno em Reclamação nº 14.745 do Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12363818>>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reclamação nº 0055442-19.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.289.00823>>. Acesso em: 17 out. 2019.

CAPPELLETII, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Rodrigo França. *As contribuições do físico-químico Ilya Prigogine para uma nova compreensão da História*. Disponível em: <[https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1488759492\\_ARQUIVO\\_As-contribuicoesdofisico-quimicoIlyaPrigogineparaumanovacompreensodaHistoria.pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1488759492_ARQUIVO_As-contribuicoesdofisico-quimicoIlyaPrigogineparaumanovacompreensodaHistoria.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2019.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões de Técnica de Julgamento nos Tribunais. *Estudos de direito processual civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Tradução Chiara de Teffé. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 out 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: papel do juiz. *Estudos de direito processual civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

# Casos Moro e Neymar: Crônica de uma Invasão Anunciada

**Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**

*Desembargador aposentado do TJRJ, Professor Adjunto da UERJ, Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, Doutor pela UERJ e Mestre pela PUC-RJ*

**RESUMO:** Este ensaio procura estudar os Casos Moro e Neymar, levando em consideração a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana nos casos *New York Times vs. Sullivan*, de 1964, e *Gertz vs. Robert Welch, Inc*, de 1974, para verificar se a circunstância de o Ministro Sérgio Moro ser um agente público e de o jogador Neymar ser pessoa pública poderiam retirar o caráter de privacidade tanto das mensagens publicadas pelo *The Intercept Brasil* (no caso Moro) quanto pelos vídeos publicados pelo jogador (no caso Neymar), de modo a eliminar o caráter de ilicitude nas duas situações. Considerando que os dois casos são muito recentes e pouco se sabe das circunstâncias em que ocorreram, não se pretende formular conclusões definitivas, mas apenas discutir algumas hipóteses.

**ABSTRACT:** *This paper studies the Moro and Neymar Cases, taking in consideration the U.S. Supreme Court decisions in the New York Times vs. Sullivan, 1964, and Gertz vs. Robert Welch, Inc, 1974, to verify if the circumstance of Minister Sérgio Moro being a public official, and the circumstance of football player Neymar being a public person, could remove the privacy character of the messages published by The Intercept Brasil (in Moro case), as well the videos published by the player (in Neymar case), in order to eliminate the illegal character in the two situations. Whereas both cases are very recent and their circumstances are not very well known, no definitively conclusion can be reached, so this paper is limited to discuss some hypotheses.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Privacidade. Agente público. Pessoa pública. Operação Lava-Jato. Troca de mensagens entre o juiz e as partes. Interesse público. Exibição de vídeo íntimo. Violação de privacidade. Crime.

**KEY-WORDS:** *Privacy. Public official. Public person. Carwash operation. Ex-parte communications. Public interest. Viewing of intimate videos. Private-facts invasion of privacy. Crime.*

## INTRODUÇÃO

Nas últimas semanas, os meios de comunicação e a Justiça foram surpreendidos com dois rumorosos casos que revelam a invasão da revolução tecnológica na privacidade e, também, no ambiente das investigações e dos processos judiciais. As mensagens entre o ex-Juiz Sérgio Moro e os procuradores da Lava-Jato e o vídeo postado pelo jogador Neymar sobre o seu *affair* com uma moça que o acusa de estupro são de conhecimento público e é sobre esse conhecimento geral que algumas considerações serão feitas em seguida, sem qualquer pretensão de revolver o mérito dos dois casos, até pela carência de informações mais seguras e por serem dois acontecimentos bastante recentes e ainda não esclarecidos suficientemente.

Pretende-se, no entanto, contribuir para o debate, ampliando o horizonte para além da discussão de a prova ser ilícita, no primeiro caso, e da questão penal, no segundo caso, acrescentado-lhes contornos relacionados ao direito de informação e à privacidade.

Na verdade, os dois acontecimentos não constituem surpresa alguma. A revolução tecnológica na comunicação a que se assiste desde o século XX e que se acelera no presente século, há muito prometia romper as muralhas da privacidade, bem como invadir os ambientes policial e judicial. Era uma crônica de uma invasão anunciada.

O surgimento da necessidade de tutelar a intimidade coincidiu com a transformação da sociedade rural em uma sociedade industrializada e com o êxodo do campo para a cidade. A sociedade rural, pelo distanciamento das propriedades, pelo isolamento natural das pessoas, favorecia a solidão e o distanciamento. A Revolução Industrial, no século XIX, retirou o homem do campo e o lançou nas cidades, seja em ambientes promíscuos, tanto nas fábricas como em habitações coletivas e insalubres, seja em ambientes menos promíscuos de uma classe média nascente, mas igualmente próximos uns dos outros. O interesse à privacidade surgiu em consequência do diverso tipo de vida imposto pela cidade e pela estrutura

da sociedade industrializada, que obriga a um perigoso contato físico, o que dificulta o isolamento moral (AULETTA, 1978, p.1).

Além disso, enquanto na sociedade rural só havia um ambiente social, onde a pessoa exauria toda a sua vida, a evolução e a sofisticação da sociedade industrializada passaram a favorecer uma multiplicação de ambientes sociais: o ambiente do trabalho, do clube, da família, do curso, da academia, etc. A variedade dos ambientes legitima a pretensão de a pessoa controlar as informações referentes a si própria, de modo a filtrá-la e a evitar que determinados aspectos de sua personalidade, embora conhecidos em um determinado ambiente, não o sejam em outros ambientes onde possivelmente não seriam aceitos. Tal problema não se punha em uma sociedade rural em cujo ambiente único toda a vida se desenvolvia e que provocava a resignação das pessoas a uma situação de discriminação originada em um modo de vida disforme do padrão social.

A revolução tecnológica da comunicação subverte essa lógica. A multiplicidade de meios de comunicação ao alcance de um simples toque de um dedo, o anseio moderno por reconhecimento social, a preocupação de divulgar a própria imagem de uma maneira socialmente positiva, têm como consequência a redução voluntária da esfera da intimidade. Por outro lado, a curiosidade pública tende a invadir mesmo uma esfera mais recôndita, na busca incessante e insaciável de revelações sobre a intimidade do outro, ainda mais se se tratar de pessoa pública. É nesse contexto da revolução tecnológica da comunicação que se inserem os dois casos acima referidos.

## CASO MORO/MP

No caso Moro/Ministério Público, o que se viu foi a interceptação de mensagens trocadas pelo Telegram, realizada por terceiro, que foram publicadas pelo *site The Intercept* Brasil. O que se pretende destacar neste artigo não é a óbvia e gritante quebra da imparcialidade do então magistrado e sua suspeição<sup>1</sup>, nem aspectos éticos envolvidos, mas a circunstância de se tratar de uma pessoa pública, um agente público, que dirigia um processo

1 Antonio VIEIRA já demonstrou à sociedade a quebra de imparcialidade em casos similares, até mesmo nos EUA: Como a justiça dos EUA tratou casos de troca de mensagens entre juízes e promotores, durante julgamentos criminais (<https://www.conjur.com.br/2019-jun-19/antonio-vieira-eua-tratam-contatos-entre-juizes-promotores>, publicado em 19/6/2019).

público, conversando com outro agente público sobre um assunto de seus respectivos ofícios. Não se pretende considerar – porque não esclarecida ainda - uma outra possível circunstância de os aparelhos celulares serem de propriedade pública, bem como as linhas, supostamente mantidas pelo poder público.

É fundamental trazer essa circunstância ao debate porque as normas constitucionais que protegem a privacidade o fazem para proteger o cidadão das investidas do poder público, ou de outros cidadãos (artigo 5º, X, XI e XII, da Constituição). Não foram concebidas para proteger agentes públicos quando em atividade pública. Em se tratando de agentes públicos, no exercício de atividade pública, devem prevalecer outros princípios constitucionais, como o direito de informação e o sigilo da fonte (artigo 5º, XIV e XXXIII, bem como artigo 220 e seu parágrafo 1º, da Constituição).

No que tange a pessoas públicas, os Estados Unidos têm uma invejável construção jurisprudencial que deve ser trazida ao debate. Um caso paradigmático foi julgado em 1964 pela Suprema Corte daquele País: *New York Times vs. Sullivan* (NORWICK e CHASEN, 1992, p. 161/163). L. B. Sullivan era detentor de cargo público eletivo e teria sido ofendido por um artigo do jornal. Decidiu a corte, pelo voto condutor do juiz William Brennan, que a Constituição assegura o intercâmbio de ideias para a concretização das mudanças sociais e políticas que o povo deseja e que os ocupantes de cargo público só podem valer-se da tutela jurisdicional para proteger sua honra se provarem que a imprensa agiu com *actual malice*.<sup>2</sup>

Royer-Collard (*apud* HERRERO-TEJEDOR, 1994, P. 231) deputado francês em 1819, a propósito da discussão de uma lei sobre crimes de imprensa, ponderava:

*“Se desprende del principio del articulo, Senhores, que si amuralláis la vida pública, si declaráis que no está permitido decir que un funcionario público ha hecho lo que él ha hecho, ha dicho lo que él ha dicho en tanto que hombre público, vosotros reconoceréis que el poder público le pertenece como la vida privada pertenece a cada particular...”*

Rui Barbosa (BARBOSA, 1970, p. 75), em texto célebre, caminhou no mesmo sentido:

2 A Suprema Corte definiu *actual malice* desse modo: conhecimento da falsidade ou absoluta desconsideração de ser o fato divulgado falso ou não, tendo o jornal sérias dúvidas quanto à seriedade do material de que dispunha para publicar.

“...os que se consagram à vida pública, até à sua vida particular deram paredes de vidro ...para a Nação não há segredos; na sua administração não se toleram escaninhos; no procedimento dos seus servidores não cabe mistério.”

Esclareça-se, porém, que autoridades públicas que pretendem interceptar comunicações, mesmo de outras pessoas públicas, não podem se valer do mesmo argumento do direito de informação do público, porque suas atuações se circunscrevem ao processo e à investigação, a cujas regras se submetem, inclusive ao princípio constitucional do devido processo legal.

Embora não se tenha pretendido examinar a questão da prova ilícita, há que se dizer que a utilização da lógica processual, bem como da teoria dos frutos da árvore proibida, não podem ser transpostas para a lógica do direito de informação, pura e simplesmente, porque este tem objetivos, pressupostos e funções constitucionais bem distintas. O Estado, por regra, não pode se utilizar de prova ilícita na prestação jurisdicional, mas a sociedade, que não impõe sanção formal de direitos, precisa conhecer os fatos de interesse público para poder situar-se, no contexto de uma organização plural e democrática que lhe exige opções políticas.

*Mutatis mutandi* e com as devidas adaptações, poder-se-ia dizer que as mensagens publicadas pelo *site* podem não ensejar a proteção constitucional da privacidade; podem não se constituir em prova ilícita, até porque destinadas à opinião pública, e não ao processo; pode a suposta conduta criminosa não ser enquadrada no tipo do artigo 10 da Lei nº 9.296/1996<sup>3</sup>, tudo diante da prevalência do direito de informação do público.

## CASO NEYMAR

Também no delicadíssimo caso Neymar se pretende contribuir para o debate com aspectos relacionados à privacidade e ao direito de informação, e não reduzi-lo ao viés penal<sup>4</sup>. Como se sabe, ele teria postado um vídeo, inclusive com fotos íntimas da moça que afirma ter sido estuprada, além de mensagens trocadas entre eles.

3 Artigo 10 – Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena...

4 O jogador estaria incurso no artigo 218-A do Código Penal: Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave (com redação da Lei nº 13.718/2018).

A moça supostamente retratada nesse vídeo e nas mensagens não é pessoa pública. A jurisprudência norte-americana faz distinção entre pessoas públicas e pessoas privadas para fins de assegurar ou o direito do público à informação ou o direito à privacidade. O caso paradigmático (*Gertz vs. Robert Welch, Inc*) foi julgado pela Suprema Corte em 1974. Decidiu-se que sendo a pessoa privada (ou tendo deixado de ser agente público), não se aplica a doutrina da *actual malice*, bastando provar tão somente a negligência, pelo menos. Portanto, a exigência mínima imposta pela Corte foi a prova da negligência, embora permitindo que os Estados dispusessem sobre outros requisitos. Ao fundamentar a proteção concedida ao particular, a Corte estatuiu que “*as pessoas privadas não são somente mais vulneráveis que agentes públicos ou pessoas públicas; elas são também mais merecedoras de ressarcimento*” (*apud* NORWICK e CHASEN, 1992, p. 266).

Às pessoas privadas, aplica-se a proteção do artigo 5º, X, XI e XII, da Constituição, não se cogitando de prevalência do direito de informação, do artigo 5º, XIV e XXXIII, muito menos do artigo 220 da mesma Constituição. Ainda mais proteção haveria de ter a moça, na condição de vítima de um crime sexual que não pode ser tolerado.

No entanto, há alguns contornos que devem ser trazidos à discussão e que tornam o caso mais complexo. O primeiro é a constatação de que as pessoas privadas que se envolvem, de qualquer maneira, com pessoas públicas, sabem que perdem parcela de sua privacidade. Por exemplo, são comuns a exibição de fotografias de pessoas privadas na companhia de pessoas famosas; acidentes com familiares de pessoas famosas se transformam em notícia pública; separações e divórcios comumente são noticiados pelos meios de comunicação. Com esses exemplos, pretende-se refletir que o simples registro de notícia-crime pelo crime de estupro, envolvendo o jogador, naturalmente acarretaria a publicidade do caso. Era natural que isso fosse acontecer e bastante provável que os desdobramentos dessa publicidade estariam fora do controle da suposta vítima.

Ainda há um outro aspecto: tudo relacionado ao jogador naturalmente acaba no tribunal da opinião pública, mesmo sem qualquer atitude sua nesse sentido. Era evidente que uma acusação grave como essa, acrescida de prováveis vídeos contendo cenas íntimas do casal, iriam incendiar os meios de comunicação e as redes sociais. Também parece evidente que

o prolongamento da exploração mediática do caso acabaria por trazer prejuízo moral e material ao jogador pela provável perda de patrocínios.

Daí porque talvez não se deva exigir do jogador uma reação ponderada de aguardar o longo inquérito policial, ou talvez uma ação penal, para defender-se da acusação. Tampouco recorrer à jurisdição cível para demandar uma improvável tutela antecipada para proteger sua privacidade e a proibição de órgãos de comunicação e provedores de internet<sup>5</sup> de continuarem divulgando o fato.

Todas essas circunstâncias que tornam o caso mais complexo podem perfeitamente contribuir para que se discuta se seria exigível conduta diferente da que foi tomada, ao divulgar-se, logo após a notícia do registro policial, a troca de mensagens e mesmo cenas íntimas que pudessem rapidamente estancar a suspeita de um crime de estupro, ou pô-la simplesmente em dúvida.

Antes da invenção da *internet*, o tradicional direito de imprensa<sup>6</sup> – sob cuja égide era regulada toda a liberdade de informação – previa um instituto destinado a corrigir com presteza uma informação inverídica ou errônea a respeito de uma pessoa natural ou jurídica: o direito de resposta, previsto atualmente na Constituição e na Lei nº 13.188/2015. Para Eliel Ballester (BALLESTER, 1987, p. 5) consiste na *“facultad de constestar a ciertas alusiones periodísticas, de manera pronta y gratuita, en los órganos de publicidad que las difundieran”*. Mais minucioso, Gregorio Badeni (BADENI, 1987, p. 5) o define como

*“la facultad. reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información o comentario emitido a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas, que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos”*.

Sua natureza foi muito controvertida não só no Brasil, mas, especialmente, em seu país de origem, a França, em 1822, havendo uma sólida corrente doutrinária que o considerava uma modalidade de legítima defesa.

<sup>5</sup> Provavelmente, com base na Lei nº 12.965/2014, art. 19.

<sup>6</sup> A última Lei de Imprensa, no País, foi a Lei nº 5.250/1967, extirpada do ordenamento jurídico brasileiro por força de decisão do STF na ADPF 130/2008 (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. O STF e o Direito de Imprensa: Análise e Consequências da ADPF 130/2008. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011).

No Brasil, a ela aderiram Solidônio Leite Filho (LEITE FILHO, 1925, p. 189/190) e Darcy Arruda Miranda (MIRANDA, 1983, v. II, p. 606). Esse último, assim se expressou:

*“Este deve ser considerado um verdadeiro estado de legítima defesa, pois o ofendido age imediatamente, antes que o dano da ofensa cause males maiores. É o revide imediato e mais à mão com que conta o ofendido para restabelecer a verdade e lutar contra o poder coletivo do jornal”.*

Não se está pretendendo aplicar, diretamente ao caso, o direito positivo vigente relativo ao direito de resposta, até porque as situações previstas em lei e o caso concreto não coincidem, nem se pode atribuir à moça a responsabilidade direta pela informação e pela publicidade, nem ela integra qualquer veículo de comunicação, tampouco tem o poder de direcionar notícias. Pretende-se, tão somente, acrescentar à discussão do caso penal institutos do direito de informação, de modo a refletir se a divulgação supostamente criminoso do vídeo, feita pelo jogador, estaria, ou não, sob o pálio de alguma excludente de ilicitude, em razão da repercussão que forçosamente o incidente haveria de ter, devido à natureza pública de sua vida.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se questionar que, nem as mensagens trocadas pelo ex-Juiz Sérgio Moro com os procuradores da Lava-Jato, nem os vídeos postados sobre o *affair* do jogador Neymar com uma moça podem revelar invasão de privacidade.

No primeiro caso, há inequívoco interesse público nos diálogos, que foram travados por agentes do poder público, sobre assunto de natureza pública.

No segundo caso, embora não se possa dizer presente o interesse público, é possível reconhecer que as circunstâncias especiais do caso – uma pessoa famosa acusada de praticar um crime de estupro – justificam a publicidade dos vídeos postados.

Em nenhum dos dois casos parecer haver ofensa à privacidade.

Nos dois casos, afiguram-se presentes, a princípio, causas que excluem eventual criminalização da condutas de interceptar mensagens (no caso Moro) e de divulgar os vídeos (no caso Neymar).

**BIBLIOGRAFIA:**

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *A Problemática dos Direitos da Pessoa e a Comunicação Social na Perspectiva Jurídica*, in Os Direitos da Pessoa e a Comunicação Social, 1996, Edições Asa, Lisboa.

ARGENTINE, Adolfo Beria di. *La società dell'informazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.

AULETTA, Tommaso Amedeo. *Riservatezza e Tutela della Personalità*. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1978.

ALDERMANN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The Right to Privacy*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1995.

BADENI, Gregorio. *Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.

BALLESTER, Eliel. *Derecho de respuesta*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1987.

BARBOSA, Rui. *A Imprensa e o Dever de Verdade*, São Paulo: Edusp, 1970.

CHASEN, Jerry Simon. *The Rights of Authors, Artists, and Others Creative People*. Illinois: Southern Illinois University Press, 2ª edição, 1992.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *O STF e o Direito de Imprensa: Análise e Consequências da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

COLOMA, Aurelia Maria Romero. *Derecho a la Intimidad, a la Información y Proceso Penal*. Madri: Editorial Colex, 1987.

COUSIDO, Pilar e ALFONSO, Loreto Corredoira y. *Derecho de la información*. Madri: Editorial Colex, 1992.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho a la Información*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

FERNANDÉZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información*. Granada: Editorial Comares, 1990.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propria Imagem*. Madri: Editorial Colex, 2ª edição, 1994.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça-Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

SANJUÁN, Teresa Freixes. *Libertades Informativas e Integración Europea*. Madri: Editorial Colex, 1996.

WEINBERGER, Andrew D. *Liberdade e Garantias: A Declaração de Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

# A Ressignificação do Conceito de Remanescentes de Quilombos na Ordem Constitucional Brasileira

**Marco Aurélio Bezerra de Melo**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mestre e doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, professor emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, professor titular de direito civil do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC/RJ), membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto Brasileiro de Direito Civil e da Academia Brasileira de Direito Civil.*

**RESUMO:** O presente texto-tese possui como fundamento jurídico central a justiça da tomada de posição pelo poder constituinte originário e soberano, no sentido de atribuir a propriedade definitiva sobre o território remanescente de quilombo em favor das comunidades que o possuem na atualidade e trazem consigo a presença da ancestralidade negra com a experiência histórica vivida a partir do momento de reivindicação da liberdade e da terra, surgido originalmente quando o Brasil ainda vivia um regime social e econômico escravocrata. Em que pese tal reconhecimento, que restou consagrado no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, observa-se que há um enorme déficit de efetividade no cumprimento da citada norma após trinta anos de vigência da Carta de 1988. Malgrado a inevitável ligação semântica do vocábulo quilombo como um local de negros evadidos que irromperam, por vezes, de modo violento, contra o direito formal estabelecido nos trezentos anos de escravidão, temos que, nos dias atuais, há a necessidade de uma ressignificação desse conceito, conferindo-se juridicidade ao critério antropológico da autode-

finição. A judicialização levada a efeito por quem possui interesse direto na solução do problema e do cumprimento da Constituição da República, nesse caso, pode se mostrar como um importante contributo para a afirmação desse direito fundamental, sem prejuízo de que outras práticas que vêm sendo adotadas pelos atores desse processo, como a desapropriação, também sejam reconhecidas como válidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Escravidão. Quilombo. Remanescentes de quilombos. Regularização fundiária. Proteção do patrimônio cultural. Função social da propriedade.

**ABSTRACT:** This text has as its central legal basis the justice of the position taken by the original and sovereign constituent power in order to attribute the definitive property over the remaining quilombo territory in favor of the communities that have it today and bring with it the presence of the black ancestry with the historical experience lived from the moment of claiming freedom and the land originally born when Brazil still lived a social and economic slave system. In spite of such recognition that was enshrined in Article 68 of the Transitory Constitutional Provisions Act, it is observed that there is a huge deficit of effectiveness in complying with the aforementioned norm after thirty years of validity of the Charter of 1988. In spite of the inevitable semantic link of the word quilombo as a place of black evadidos that erupted, sometimes in a violent way, against the formal law established in the three hundred years of slavery, we have that in the current days there is a need of a resignification of this concept, giving juridicity to the anthropological criterion of self-definition. The judicialization carried out by those who have a direct interest in solving the problem and in complying with the Constitution of the Republic can, in this case, be an important contribution to the affirmation of this fundamental right, without prejudice to the fact that other practices that have been adopted by the actors of this process such as expropriation, are also recognized as valid.

**KEYWORDS:** Slavery. Quilombo. Remnants of quilombos. Land regularization. Protection of cultural heritage. Social function of property.

## 1. INTRODUÇÃO

Início este modesto ensaio parabenizando a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela iniciativa de homenagear o Ministro Luís Roberto Barroso, grande jurista, professor e julgador que dignifica o Supremo Tribunal Federal com a humanidade e tecnicidade dos seus votos.

O trabalho, inspirado em um dos capítulos de nossa tese de doutoramento, objetiva contribuir para o cumprimento do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo sentido é simples, mas de complicada concreção: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”.

Passados trinta e um anos de experiência da Constituição da República de 1988, a citada norma constitucional ainda reclama maior comprometimento social, com a efetividade da outorga dessa propriedade especial.

Em uma sociedade na qual a propriedade imobiliária constitui um importante vetor para a afirmação da própria dignidade humana, pois funciona como veículo assecuratório de outros direitos fundamentais como moradia e trabalho, curial é o raciocínio segundo o qual se pode afirmar que o seu reconhecimento formal há de trazer para os destinatários diretos e, no caso específico da tese, também para toda a sociedade, uma relevante função social.

Por meio da regularização fundiária, o titular reconhecido passa a gozar de uma garantia mais efetiva contra o desapossamento das terras que ocupa, uma vez que tal direito ostenta o atributo da eficácia *erga omnes*, impondo um dever geral de abstenção.

Há muito já se sabe que a Constituição da República não se contenta apenas com a garantia da proteção da propriedade, mas também anseia por instrumentos que viabilizem o acesso ao referido direito. Nesse desiderato, importa que se busque no âmbito jurídico a realização concreta desse direito.

Com vários fins de interesse público como o de preservação do multiculturalismo e de emancipação social e econômica das comunidades remanescentes de quilombos, notadamente no tocante à garantia do trabalho e da moradia, o poder constituinte originário resolveu promover a regularização fundiária dos remanescentes dos territórios quilombolas

no Brasil, fazendo constar da Constituição Cidadã o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que conta com a seguinte redação: “*Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.*”.

Durante cerca de trezentos e cinquenta anos de escravatura, a formação de quilombos mostrou-se uma constante, pois onde há a tirania do regime econômico escravocrata haverá a tentativa de fuga, já que a busca da liberdade constitui-se em um direito natural do homem. Tanto que o ato de se aquilombar ocorreu em outros pontos, recebendo os nomes de *palenques* nas colônias espanholas, *marrons* nas inglesas e *grand marronage* nas francesas, o que seria diferente da *petit marronage*, que identificaria as pequenas fugas<sup>1</sup>.

Segundo historiadores contemporâneos, quinze milhões de africanos foram arrancados de suas terras para a América, sendo que 40 % foram trazidos para o trabalho servil no Brasil, no que pode ser chamado de diáspora africana<sup>2</sup>. Apenas para que se tenha uma noção de grandeza, no primeiro censo realizado, em 1872, chegou-se a um número de 9.930.478 habitantes no Brasil.

Para se atingir o ideal de cumprimento da Constituição, fundamental se mostra trazer à consideração o melhor significado para a expressão *remanescentes das comunidades de quilombos*. Esse é o objetivo primaz deste artigo.

## 2. CONCEITO HISTÓRICO DE QUILOMBO

Em seu novo dicionário banto, Nei Lopes<sup>3</sup> diz que o vocábulo *quilombo*<sup>4</sup> tem origem na palavra *keilombo*, da língua quimbundo<sup>5</sup> falada em Angola, e significa “acampamento, arraial, povoação, povoado; capital; união, exército”, sendo essa a sua conotação toponímica, a qual acresce a ideo-

1 VAINFAS, Ronaldo. Dicionário do Brasil Colonial (1500-1808). Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 494.

2 REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. Uma história de liberdade. In: REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (org.). Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 9.

3 LOPES, Nei. Novo Dicionário Banto do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2012, p. 213; No mesmo sentido: VAINFAS, Ronaldo. op. cit., p. 494-495.

4 *Quilombismo* não se confundia com o *quilombolista*. Enquanto o primeiro contestava a estrutura social da escravatura e tinha um pensamento coletivo de crítica ao sistema e a vontade de estabelecer um Estado próprio com seus companheiros do infortúnio da escravidão, o segundo apenas pretendia livrar-se do cativo, sem o espírito do movimento de quilombolismo. (LOPES, Nei. op. cit., p. 213).

5 Língua falada pelos *ambundos*. O gentílico é *bundo*, que pode ser um indivíduo ligado ao grupo étnico ambundo ou ovimbundo, de Angola (LOPES, Nei. op. cit., p. 54).

lógica, ao dizer que quilombo era um “aldeamento de escravos fugidos”. No mesmo sentido, é a percepção de Clóvis Moura, acrescentando que mesmo na língua banto, essa palavra podia trazer consigo o sentido de “ajuntamento de escravos fugidos.”<sup>6</sup>

A primeira referência que buscou descortinar o que seria um quilombo não se constitui propriamente em um conceito, mas sim em uma definição encomendada mediante consulta do Rei de Portugal (1740) ao seu Conselho Ultramarino<sup>7</sup>, o qual respondeu que seria considerada “toda a habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem achem pilões neles”<sup>8</sup>.

O dicionarista Aurélio Buarque de Holanda define o termo quilombo como sendo um “Estado de tipo africano formado, nos sertões brasileiros, por escravos fugidos”<sup>9</sup>. No mesmo sentido, Alaôr Eduardo Scisínio o compreende como um “valhacouto de escravos fugidos; unidade básica da resistência negra”<sup>10</sup> ou, como define o professor Marés de Souza Filho: “uma reunião de ilegais, bandidos, fugidos da lei e da ordem imperial e colonial”<sup>11</sup>.

De toda sorte, quando se pensa em um quilombo vem a nossa mente a ideia de uma fortificação composta de negros fugitivos que, desafiando o direito estatal, formaram um núcleo populacional que buscava manter a cultura e a estratificação social trazida da África. Esse é o conceito histórico de quilombo<sup>12</sup>, que pode ser sintetizado na ideia de um território no qual os

6 MOURA, Clóvis. *Dicionário da Escravidão Negra no Brasil*. 1ª reimpr. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p.335.

7 No Brasil, algumas legislações estaduais tentaram definir o quilombo. Por exemplo, a lei provincial 157 de 9 de agosto de 1848 (RS) dizia: “Por quilombo entender-se-á a reunião no mato ou lugar oculto, de mais de três escravos”. No Maranhão, o artigo 12 da lei 236, de 20 de agosto de 1847 afirmava que “Reputar-se-á escravo quilombado, logo que esteja no interior das matas, vizinho ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais com casa ou rancho.” (ANDRADE, Lúcia; TRECCANI, Girolamo. *Terras de Quilombo*. In: LARANJEIRA, Raymundo (coord.). *Direito Agrário Brasileiro. Em homenagem à memória de Fernando Pereira Sodero*. São Paulo: LTr, 2000, p. 599)

8 No mesmo sentido, dentre outros: GOMES, Flávio dos Santos. *Quilombos/Remanescentes de Quilombos*. In: SCHWARCZ, Lília. GOMES, Flávio (org.). *Dicionário da Escravidão e Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 367-368.

9 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1758.

10 SCISÍNIO, Alaôr Eduardo. *Dicionário da Escravidão*. Rio de Janeiro: Leo Christiano Editorial, 1997, p. 281.

11 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Povos Invisíveis*. In: PRIOSTE, Fernando Galhardo Vieira; ARAÚJO, Eduardo Fernandes. *Direito Constitucional Quilombola: análises sobre a ação direito de inconstitucionalidade nº 3239*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 9.

12 O cientista social André Videira de Figueiredo denomina de *dicionarização* o fenômeno pelo qual se conceitua o quilombo como um *espaço de fuga e ressemantização* aquele em que se faz presente um *grupo étnico*, defendendo ser esse último o critério utilizado por todas as comunidades quilombolas no Estado do Rio de Janeiro, o que traz o mérito de ampliar seus significados e inserir “definitivamente os grupos interessados na já ampliada comunidade de intérpretes. (FIGUEIREDO, André Videira. *O Caminho Quilombola. Sociologia Jurídica do Reconhecimento Étnico*. Curitiba: Appris, 2011, p. 97-98)

escravizados fugidos do regime servil formavam um núcleo de resistência com vistas a conseguir a liberdade e viver dignamente de seu trabalho.

Resta saber, entretanto, se esse é o melhor conceito de quilombos para a devida aplicação da norma constitucional ou se é necessária uma ressignificação para atender aos anseios sociais que parecem buscar uma atualização, com a possibilidade da autoidentificação feita pelos membros de uma comunidade que entenda por se intitular como remanescente de quilombo, consoante a manutenção das mesmas práticas de criar, fazer e viver que existiam no período escravista e desde que demonstrem alguma ancestralidade negra, seja ela real ou mesmo mítica.

### 3. RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE REMANESCENTES DE QUILOMBOS

No estudo do sentido da linguagem, a expressão legal “remanescentes de quilombos” se apresenta como um *significante* representado pela grafia posta e que pode trazer à cognição dois *significados*: o primeiro, com olhos para o passado, imutável, comprometido com a história brasileira. O segundo, mirando na senda da superação do cativo e da fuga, dinâmico, vinculado ao historicismo que possibilita o estudo atual da cultura, da própria conduta formadora e conformadora da sociedade brasileira, a fim de possibilitar o fomento na busca da emancipação de tais comunidades para um paradigma de dignidade socioeconômica.

O primeiro entendimento sobre essa delicada questão caminha no sentido de que o conceito de quilombo é fruto de um fenômeno objetivo da historiografia e que seria um equívoco epistemológico grave a sua ressemantização, sob pena de se estabelecer uma reconstituição falsa da realidade. Como representante contundente dessa posição, citamos o historiador Aldemir Fiabani, que assim se expressa:

Efetivamente, ao se negar e não explicitar os conteúdos diversos do termo, no passado e no presente, desqualifica-se a objetividade do passado histórico dessas comunidades. Com isso, se destrói a história objetiva, escancarando-se o espaço para a invenção do passado e da tradição. Nos fatos, o passado e a tradição passam a ser controlados, definidos e inventados segundo

a decisão daqueles que possuem atributos intelectuais, culturais e políticos para tal.<sup>13</sup>

Em outra vertente, temos a opinião dos estudiosos da Antropologia e alguns de História, cujo pensamento vem retratado pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA), que entende pela cientificidade do procedimento de autoatribuição, seguido de um trabalho de fundamentação teórica, metodológica, histórica da ocupação das terras, a fim de verificar a eventual caracterização de uma identidade étnica que atenda ao requisito subjetivo de *remanescentes de quilombos*, para assim poder se pensar em uma demarcação e titulação das de terras, com o objetivo de assegurar a reprodução cultural, social e física dos quilombolas, fim maior do texto constitucional.

Para a referida associação, quilombo é “toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado”<sup>14</sup>.

Como se pode perceber, o indigitado conceito busca interpretar o modo de agir da comunidade como quilombola e que logra manter na atualidade o que recebeu como legado social e cultural dos seus ancestrais.

Segundo essa linha de pensamento, o levantamento etnográfico somente pode partir daquele que não busca, como afirma Dirceu Lindoso, “uma volta à África como ideologia do desenraizamento, mas um movimento que busca sua inclusão no espaço da sociedade nacional<sup>15</sup>”, levando a que as origens africanas sejam trazidas para o presente por meio da própria consciência étnica. Entender, em sentido contrário, poderia fossilizar o conceito de quilombo, remontando, inclusive, o período escravocrata, com o discurso, lembrança e uma nova atuação desse triste passado no presente que se pretende reparar e resgatar.

Após apontar os cinco elementos que identificavam um quilombo, baseado na já citada conceituação fornecida pelo Conselho Ultramarino ao Rei de Portugal (1740) como sendo a *fuga, quantidade mínima de fugitivos, localização marcada pelo isolamento geográfico, rancho ou morada e o pilão* como

13 FIABANI, Adelmir. *Mato, Palhoça e Pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes (1532-2004)*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 420-421.

14 MATTELO, Benedito Aristides Riciluca; OLIVEIRA, Leinad Ayer. *Quilombos em São Paulo: tradições, direitos e lutas*. ANDRADE, Tânia (org.). São Paulo: IMESP, 1997, p. 47.

15 LINDOSO, Dirceu. *A Razão Quilombola: estudos em torno do conceito quilombola de nação etnográfica*. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2011, p. 39-40.

símbolo da capacidade de se alimentar e reproduzir, o antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida sustenta a necessidade de se relativizar esses conceitos, fugindo da *frigorificação* mediante a *libertação da definição arqueológica*, apresentando razões absolutamente pertinentes:

Os fatores objetivos e a representação do real constituem, portanto, a realidade de referência. É necessário que nos libertemos da definição arqueológica, da definição histórica *stricto sensu* e das outras definições que estão frigorificadas e funcionam como uma camisa de força, ou seja, da definição jurídica dos períodos colonial e imperial e até daquela que a legislação republicana não produziu, por achar que tinha encerrado o problema com a abolição da escravatura, e que ficou no desvão das entrelinhas dos textos jurídicos. A relativização dessa força do inconsciente coletivo nos conduz ao repertório de práticas e às autodefinições dos agentes sociais que viveram e construíram essas situações hoje designadas como quilombo.<sup>16</sup>

Na mesma linha hermenêutica, ensina a antropóloga Eliana Cantarino O'Dwyer<sup>17</sup> que o trabalho do etnógrafo exige adentrar no mundo do outro, em um engajamento que reduza as desarmonias e diferenças sociais e culturais entre o pesquisador e o objeto a ser pesquisado, destacando a importância da memória no trabalho antropológico e trazendo à conside-

16 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. As comunidades quilombolas entre os novos significados de território e o rito de passagem da “proteção” ao “protecionismo”. In: OLIVEIRA, Osvaldo Martins (org.). Direitos quilombolas & dever do Estado em 25 anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2016 p. 62-63. No mesmo sentido: SILVA, Ane Elyse Fernandes; CARNEIRO, Leonardo de Oliveira. Reflexões sobre o processo de ressemantização do conceito de quilombo. In: Revista de Geografia, v. 6, n. 3. Juiz de Fora, PPGEO-UFJF, 2016, p. 293-304; MARGRAF, Alencar Frederico; OLIVEIRA, Priscila Sutil. Quilombos Brasileiros. Constitucionalismo contemporâneo e políticas públicas em defesa dos remanescentes de quilombos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 197-200; SUNDFELD, Carlos Ari. Comunidades Quilombolas. Direito à Terra (Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Brasília: 2002, p. 77-81; SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 68, ADCT. In: CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2245-2247; VITTORELLI, Edilson. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 287-288; ANDRADE, Tânia; PEREIRA, Marcia Regina de Oliveira; ANDRADE, Marcia Regina de Oliveira. Negros do Ribeira: reconhecimento étnico e conquista do território. 2. ed. São Paulo: ITESP, 2000, p. 7-9; MARTINS, Cynthia Carvalho; NUNES, Patrícia Portela; PEREIRA JÚNIOR, Davi; Quilombos e Mocambos: As “Terras de Preto” do Maranhão e a diversidade de territorialidades específicas. In: OLIVEIRA, Osvaldo Martins (org.). Direitos quilombolas & dever do Estado em 25 anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2016, p. 71-82, dentre outros.

17 O'DWYER, Eliane Cantarino. O fazer antropológico e o reconhecimento de direitos constitucionais. O caso das terras de quilombo no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: e-papers, 2012, p. 11-21.

ração que a autodefinição do grupo quilombola que busca uma ancestralidade encontra respaldo constitucional.

Em obra que condensa a identificação dos quilombos do Estado do Rio de Janeiro levada a efeito por antropólogos vinculados ao curso de pós-graduação da Universidade Federal Fluminense (PPGA/UFF), a citada professora que coordenou os trabalhos, identificou três denominadores comuns no reconhecimento de um território quilombola: 1º) a memória social do grupo; 2º) a autoidentificação precede ao trabalho antropológico, desmistificando a assertiva segundo a qual poderia haver uma instrumentalização prévia e técnica do uso social do termo; 3º) mesmo na atualidade, a configuração de um quilombo tem maior relação com a antiga resistência feita ao poder tutelar do senhor escravista do que com o modelo estatal idealizado pela Constituição.

Oliveira e Muller noticiam:

A autoidentificação não é novidade na antropologia. Já na década de 1960, antropólogos reconheciam que os grupos humanos constroem sua identidade a partir da forma como se definem, como pensam a si mesmos (Barth, 1976). Grupos constroem fronteiras com base em sinais diacríticos que espelham sua visão de mundo e que os antropólogos percebem na organização social e na cultura de tais grupos.<sup>18</sup>

Aduzem ainda os professores doutores em Antropologia que cientificamente configura ato de extrema violência imputar a uma pessoa e, no caso, a uma coletividade uma identidade, arrematando que o foro mais íntimo da liberdade:

(...) é poder dizer quem sou eu, sem que os outros me definam, sem que outros me imponham uma identidade. A luta do povo quilombola está em grande parte baseada no reconhecimento da liberdade de expressar sua identidade e construí-la de maneira positiva, livrando-se de estereótipos e pré-noções.<sup>19</sup>

18 OLIVEIRA, Osvaldo Martins; MULLER, Cíntia Beatriz. Considerações finais. Direitos quilombolas: identidade, práticas culturais e território. In: OLIVEIRA, Osvaldo Martins (org.). Direitos quilombolas & dever do Estado em 25 anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2016, p. 317-318.

19 Ibidem, p. 318.

Por essa diretriz de atuação, os quilombos hoje não devem ser reconhecidos a partir de um estudo meramente arqueológico, com vistas ao passado, ou de vínculos de hereditariedade, mas sim de um agrupamento humano que conta com um referencial de ancestralidade negra que pode até mesmo ter se aquilombado não por fuga, mas por outros fatores como com o próprio apoio e consentimento da sociedade que compunha o Estado escravocrata, o que parece convencer que não há uma homogeneidade de situações formadoras dos quilombos.

No Direito Internacional, o critério da autoatribuição foi prestigiado pela já referida Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata dos direitos dos povos Indígenas e Tribais, aprovada em Genebra, em 27 de junho de 1989, a qual adentrou no regime jurídico brasileiro por intermédio do Decreto Federal nº 5.051/04<sup>20</sup>, merecendo relevo que o citado ato normativo tem por objeto a proteção de direitos humanos e mesmo não emendando a Constituição, tem força de norma jurídica supralegal. Nesse passo, importa trazer à consideração o ensinamento de Flávia Piovesan, quando diz que os tratados de direitos humanos vêm “aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.”<sup>21</sup>

Em tal regramento é possível verificar que, dentre os princípios de política geral para a aplicação da legislação, encontra-se a autoidentificação, quando se diz “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.” (art. 1º, item 2).

Após vincular o acerto do critério da autodefinição à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, o professor Shiraishi Neto destaca que essa ressignificação dos quilombos aqui discutida está ligada ao direito dado ao sujeito de ter a consciência de si mesmo e sobre qual grupo pertence. Das suas lições extrai-se:

A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção

20 BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 18 out. 2018.

21 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 193.

(item 2 do art. 1.º) Para a Convenção, o critério de distinção dos sujeitos é o da consciência, ou seja, da auto definição. Em outras palavras, é o que o sujeito diz de si mesmo, em relação ao grupo ao qual pertence. A maneira como se autorrepresentam reflete a representação sobre eles, por aqueles com que interagem com eles. Nesse sentido, tem provocado e promovido de forma deliberada uma verdadeira ruptura no mundo jurídico, que sempre esteve vinculado aos intérpretes autorizados da Lei.<sup>22</sup>

No direito puramente interno, esse critério foi adotado pelo Estatuto da Igualdade Racial (lei 12.288/10<sup>23</sup>), cujo inciso IV do artigo 1º define *população negra* como sendo o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga.

A autoatribuição possibilita a que se chegue com maior rigor acerca da realidade fática, possibilitando uma tomada de posição isenta acerca do objeto a ser analisado, evitando-se arbitrariedades exógenas. Esse é o critério adotado pelo artigo 2, § 1º, do Decreto Federal 4887/03 como ponto de partida para a identificação dos remanescentes de quilombos.

A referida norma jurídica define remanescentes de quilombos da seguinte forma:

Art. 2º- Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.<sup>24</sup>

22 SHIRAIISHI NETO, Joaquim. A Particularização do Universal: povos e comunidades tradicionais face às Declarações e Convenções Internacionais. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim (org.). Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007, p. 45.

23 Segundo o artigo 1º, esta lei é destinada "a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica". (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 18 out. 2018).

24 Idem.

Como se pode perceber, a adoção desse critério não retira o poder do Estado de syndicar a seriedade da proposição vinda dos interessados, via de regra, reunidos em torno de uma associação de moradores. À luz apenas do texto legal, é possível a verificação da exigibilidade da demonstração de uma historicidade própria, trato com a terra com traços de especificidade que identifique utilização coletiva e solidariedade entre os seus membros com vistas ao bem comum e, ainda, a demonstração da ancestralidade negra relacionada com o fato da escravidão.

O que se afirma é que o início de uma identificação étnica somente pode se dar com o reconhecimento de si mesmo, conferindo-se, em primeira análise, ao depoimento oral dos interessados o mesmo valor de documentos históricos, fotografias, registros bibliográficos, etc<sup>25</sup>. Na segura identificação de uma unidade étnica, deve-se fugir dos paradigmas clássicos de hereditariedade, de reconhecimento linguístico e até mesmo de raça original preponderante, pois não se mostra seguro, sob o ponto de vista da busca de isenção necessária, que uma pessoa que não pertença à comunidade investigada, servindo-se de critérios objetivos próprios, se antecipe e apresente qualquer explicação acerca de um conhecimento que não é seu.

Nessa toada, o Subprocurador Geral da República Aurélio Rios, baseado nos mais atualizados ensinamentos da moderna Antropologia, coloca:

a questão central para a identificação das comunidades não são as diferenças culturais entre grupos percebidas por um observador externo, mas sim os sinais diacríticos, isto é, aquelas diferenças que os próprios atores sociais consideram significativas e que, por sua vez, são reveladas pelo próprio grupo.<sup>26</sup>

O citado Decreto 4887/03, que se vale do critério da autoatribuição, foi apontado como inconstitucional pela ADI nº 3239/04, proposta pelo partido DEM, e, dentre várias considerações, atacou esse critério por dois fundamentos. O primeiro é o de dizer que o decreto se vale da ideia de ancestralidade ou hereditariedade, estendendo indevidamente o texto

25 Nesse sentido: MATIELO, Benedito Aristides Riciluca; OLIVEIRA, Leinad Ayer. Quilombos em São Paulo: tradições, direitos e lutas. Tânia Andrade (org.). São Paulo: IMESP, 1997, p. 48.

26 REIS, Aurélio Virgílio. Quilombos e Igualdade Étnico-Racial. In: SOUZA, Douglas Martins; PIOVESAN, Flávia (cords). Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 196.

constitucional que fala em *remanescente* e, assim, somente poderia exercer o direito se, na data da entrada em vigor da Constituição, houvesse no território alguém que *remanescesse* do período da escravidão que, mediante uma fuga, tivesse ocupado o imóvel e se aquilombado. Em abono da tese, cita posicionamento de José Cretella Júnior<sup>27</sup>, que propugna interpretação literal e diz que a iniciativa é boa, mas utópica.

Houve também uma contestação contra o critério da autoatribuição que, na visada do peticionante, converter-se-ia em uma “autosugestão” com a possibilidade de um aproveitamento indevido de pessoas que não são efetivamente os destinatários do direito de propriedade. Criar-se-ia, como consta na petição inicial, “uma reforma agrária *sui generis*”<sup>28</sup>.

Ocorre que a interpretação literal de uma norma constitucional tão complexa como essa é um equívoco, notadamente porque se persistir esse argumento, forçoso seria o reconhecimento de que o constituinte originário já lhe teria roubado a eficácia, pois, como sabido, a Constituição entrou em vigor cem anos após a Abolição da Escravidão, sendo praticamente impossível que alguém remanescesse no sentido físico como propugnado na ação judicial. A interpretação de uma norma constitucional deve se dar na busca da maior eficácia possível e não o contrário.

O segundo fundamento nasce de um equívoco epistemológico, pois o reconhecimento étnico de um povo deve se iniciar com uma autoafirmação, mormente como é o nosso caso em que temos um país pluriétnico com diversas raças que o compõe. Para início de conversa, como alguém que, por exemplo, sempre viveu em um centro urbano poderá dar depoimento sobre a vida no campo?

Ademais, a tese parece sugerir a aplicação do que seria um exótico *princípio de má-fé*, quando é a boa-fé que deve ser presumida. Como se alguém pudesse se intitular quilombola e essa afirmação não fosse ser aferida, *a posteriori*, por técnicos especializados na temática do reconhecimento de etnias e, ainda, submetido tal trabalho ao crivo dos órgãos estatais competentes, com os deveres e responsabilidades estatutárias inerentes à condição de servidor público.

27 CRETILLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 4988-4989.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/3239. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 19 out. 2018.

Releve-se, por imperioso, que os interessados são notificados e contam com prazo de noventa dias para, querendo, apresentar as suas contestações ao reconhecimento administrativo contido no relatório que reconhece determinado território como remanescente de quilombo (art. 9º, Decreto 4887/03).

Com relação a essa preocupação, em bom tempo, a presidente da Associação Brasileira de Antropologia, Profª Drª Lia Zanotta Machado, encaminhou aos Ministros do STF Memorial, no qual narra que o reconhecimento de uma comunidade como remanescente de quilombo é dotado de muitos requisitos de ordem formal e técnica, o qual contempla mais de trinta itens.

Vejamos:

A tal respeito a ABA tem a esclarecer que o processo de identificação e titulação que se faz ao abrigo do Decreto 4.887 prevê a elaboração de um detalhado relatório antropológico que deve contemplar mais de trinta itens, incluindo fundamentação teórica e metodológica, histórico de ocupação das terras, análise documental com levantamento da situação fundiária e cadeia dominial, histórico regional e sua relação com a comunidade. Inclui, ainda, a identificação de modos de organização social e econômica que demonstrem ser imprescindível a demarcação das terras para a manutenção e reprodução social, física e cultural do grupo.

Além disso, o processo prevê a contestação administrativa por parte de quem se sentir lesado, sem prejuízo de recursos judiciais cabíveis. Como é do conhecimento de Vossas Excelências, diversas são as fundamentações legais para o reconhecimento das referidas comunidades e a regularização dos seus territórios, a saber: a) Instrução Normativa do INCRA; b) Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), aprovado pelo Congresso Nacional; c) Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sancionada por nosso Parlamento e que prevê o direito à auto identificação. Todas esses importantes dispositivos estão sob abrigo do Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

Os conceitos de identidade, cultura e grupo étnico questionados

pela ADIn fazem parte de uma trajetória de mais de cinquenta anos de construção científica da antropologia em seus estudos de sociedades contemporâneas no sentido de que são formadas por agrupamentos sociais culturalmente diferenciados, que se reconhecem como tais, que possuem vínculos ancestrais com seus territórios e modos próprios de vida. Um corpus de conhecimento antropológico mundialmente compartilhado têm afirmado que a identidade cultural não se herda pelo sangue e nem está congelado no tempo, mas se constrói por modos de vida que são históricos, dinâmicos e complexos, e o caso dos quilombos no Brasil é um exemplo analisado por antropólogos renomados em nível nacional e internacional.

Brasília, 16/10/17.<sup>29</sup>

Os profissionais envolvidos nesse reconhecimento étnico – antropólogos e historiadores – são especialistas capacitados para municiar a administração pública e/ou julgadores de dados que tratem de modo casuístico cada comunidade analisada, desde as suas origens ancestrais verdadeiras ou míticas, passando pela transmissão da cultura e da posse do território até o estado atual em que vivem e se reproduzem física e culturalmente.

De efeito, na forma como hoje é pensada a realização da identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, pode-se perceber a seriedade das formalidades contidas na Instrução Normativa do INCRA nº 57/09<sup>30</sup> que, reconhecendo a validade do critério da autoidentificação, determina em seu artigo 10 uma série de medidas que devem ser observadas previamente para que se possa emitir o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), considerado o documento inaugural dos trabalhos tendentes a efetivar o direito constitucional prescrito no artigo 68 do ADCT. A rigor é tão intenso que talvez seja o maior entrave à efetividade constitucional das titulações.

Em 08/02/2018, foi reconhecida a constitucionalidade do Decreto 4887/03, sendo julgada improcedente a ADI 3239/04 pelo pleno do Su-

29 ABA – Associação Brasileira de Antropologia. Ofício n. 019/2017. Disponível em: <[http://www.aba.abant.org.br/files/20171017\\_59e5ee2756ec3.pdf](http://www.aba.abant.org.br/files/20171017_59e5ee2756ec3.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2018.

30 INCRA. Instrução Normativa INCRA nº 57 de 20/10/2009. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=78048>>. Acesso em: 19 out. 2018.

premo Tribunal Federal<sup>31</sup>, sob a relatoria final da Ministra Rosa Weber. Em síntese apertada, a Suprema Corte entendeu que não houve invasão da competência legislativa ante ao fato de que o artigo 68 do ADCT possui eficácia plena e, portanto, não seria o caso de um decreto autônomo proibido.

Também restou reconhecida a validade da utilização do critério da autoidentificação, sendo correta a abertura da Constituição para outros saberes advindos da Antropologia contemporânea e que fora adotado na Convenção 169 da OIT. Assentou-se, outrossim, a possibilidade de ser levado em consideração, para fins de medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos e, por fim, a adequação do instrumento da desapropriação para imóveis que estejam sob domínio registral particular.

#### **4. CASOS DOS QUILOMBOS DO LEBLON, ILHA DE MARAMBAIA, CHICO REI E COMUNIDADE NEGRA RURAL PACOVAL**

Os quatro exemplos aqui citados são importantes para indiciar o convencimento de que, inelutavelmente, houve uma forma genérica de formação dos quilombos vinculada à fuga para esconderijos na mata, cuja representatividade maior é a do notório Quilombo dos Palmares, mas a formação desses agrupamentos quilombolas que restaram e permanecem nos dias que correm não possuem homogeneidade no tocante ao modo de constituição, merecendo estudo casuístico para a sua configuração que deverá se iniciar a partir da autoatribuição da comunidade.

O Quilombo do Leblon<sup>32</sup>, nome que deu origem ao bairro, se estruturou a partir da iniciativa de José de Seixas Magalhães, que adquiriu

31 Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. No mérito, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos, vencidos o Ministro Cezar Peluso (Relator), e, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que sucedera o Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.2.2018. (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em: 19 out. 2018)

32 No romance “A Conquista”, obra literária de Coelho Netto, lançada pela primeira vez em 1899, o autor se vale de um personagem fictício chamado “Anselmo Ribas” para contar a história do movimento abolicionista que vivenciara na cidade do Rio de Janeiro, citando inclusive personagens reais como, por exemplo, José do Patrocínio. Em determinado momento, é narrado pelo autor a existência de um quilombo na Gávea, como era conhecido a região que hoje chamamos de Leblon: “Justamente nesse tempo a campanha abolicionista chegara à sua maior intensidade. À luz do sol, nas ruas concitava-se à revolta. Para os lados da Gávea havia um quilombo mantido pela Confederação Abolicionista, e no escritório da Gazeta da Tarde, negros e negras, sentados, melancolicamente, fumavam esperando que lhes dessem destino.” (NETTO, Coelho. *A Conquista*. Rio de Janeiro: Ebal, 1957, p. 27).

uma área ao sopé do Morro Dois Irmãos, na Zona Sul do Rio de Janeiro, e que recebia negros encaminhados por integrantes do movimento abolicionista, inclusive da maçonaria. Contava com o apoio de parte da elite da época, inclusive da Princesa Isabel, que recebia diariamente em seu palácio camélias que eram plantadas no local, passando essa flor a ser o símbolo do movimento abolicionista e usada na lapela do terno daqueles que simpatizavam com o fim da escravidão<sup>33</sup>.

A caneta usada para a assinatura da Lei Áurea pela Redentora foi presenteadada pelo citado proprietário da área, que era um próspero comerciante português e, após esse ato, presenteou-a também com um grande buquê de camélias, flor que se tornaria o símbolo do sonho de liberdade, idealizado e vivenciado pelo movimento abolicionista.

Por essa razão, ao lado de outras experiências semelhantes, passa a ser identificado pela história como *quilombo abolicionista* que se mostrou como uma prática igualmente de resistência, mas que se mostrava diferente do modelo clássico de *quilombo-rompimento*, cujas marcas características eram a fuga, o esconderijo, as táticas de guerra. Um profundo estudo feito por Eduardo Silva aponta que essa nova estratégia de luta pela Abolição da Escravatura envolvia lideranças articuladas politicamente, com documentação em dia e que dialogavam com a sociedade.

Ensina o Doutor em história que esses quilombolas não representavam mais “os guerreiros do modelo anterior, mas um tipo novo de liderança, uma espécie de instância de intermediação entre a comunidade de fugitivos e a sociedade envolvente”<sup>34</sup>. Além do citado dono das terras, dentre as lideranças políticas que dialogavam com esse quilombo, destacam-se Rui Barbosa, advogado do Sr. Seixas, José do Patrocínio, João Clapp, presidente da confederação abolicionista, a Redentora, Princesa Isabel, e ainda o próprio Imperador, que recebeu camélias das mãos de crianças negras criadas no quilombo.

O Quilombo da Ilha de Marambaia se constituiu em decorrência da reiterada prática do ilícito de continuar o tráfico clandestino de africanos,

33 Em homenagem a essa história, os compositores Caetano Veloso e Gilberto Gil compuseram no ano de 2015 a canção chamada “as camélias do quilombo do Leblon”. No refrão, há referência à ligação forte entre esse quilombo abolicionista e a princesa Isabel, quando é dito: “somos a guarda negra da redentora.”. Em outro trecho lê-se “as camélias do quilombo do Leblon nas lapelas.”. (Disponível em: <<https://musica.uol.com.br/noticias/redacao/2015/08/21/cancao-inedita-de-caetano-e-gil-fala-sobre-o-brasil-e-cita-israel-ouca.htm>>. Acesso em: 25 out. 2018).

34 SILVA, Eduardo. As camélias do Leblon e a Abolição da Escravatura. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 11.

mesmo após a sua proibição, que se deu no campo da normatividade, no ano de 1831<sup>35</sup>, e reforçada com maior efetividade em 1850, com a lei Eusébio de Queirós e o *Bill Aberdeen* inglês. Assim, os traficantes utilizavam a ilha da Marambaia, local que hoje pertence ao Município de Mangaratiba, como ponto de engorda dos escravos para posterior venda na cidade do Rio de Janeiro. Esse entreposto de escravizados perde a importância econômica para o seu proprietário quando ocorre a Abolição da Escravidão, em 1888. O proprietário, comendador Joaquim José de Souza Breves, veio a falecer no ano seguinte, mas havia deixado verbalmente as terras para os escravizados que ali se encontravam por qualquer motivo<sup>36</sup>.

Entretanto, a sua esposa, Maria Isabel de Moraes Breves, não cumpriu essa última vontade do extinto, que não formalizara nada em vida, e alienou o imóvel. Após sucessivas transferências, o bem acabou nas mãos do governo federal. Depois de 13 anos de litígio judicial decorrente da disputa pela posse da terra, em 2015, um acordo entre a associação de moradores e a União Federal possibilitou a titulação coletiva da área, com o reconhecimento do domínio em favor de cerca de 350 remanescentes desta comunidade de quilombo<sup>37</sup>.

O terceiro exemplo envolve a história de Chico Rei, que também merece ser ventilada para ilustrar como a criação de um quilombo pode se originar da forma mais inusitada e resultar em efeitos, que perduram até hoje, reclamando justa solução. Esse personagem, que consta em livros e na história oral mineira, era monarca no Congo, África. Foi apresado com a família por traficantes portugueses, com vistas à futura venda no

35 Mesmo antes da abolição da escravidão, interessante tese foi defendida por alguns causídicos no sentido de que todo o negro africano que entrou em território brasileiro após a lei de 1831 deveria ser liberto, pois o alegado direito de propriedade do escravo teria nascido de um ato ilícito que, em essência, não pode gerar direitos. O rábula mulato e republicano Luiz Gama chamado de *paladino da abolição*, cujo lema de vida foi por ele mesmo cunhado como “O Brasil americano e as terras do Cruzeiro sem rei e sem escravos” logrou como defensor o êxito de mais de mil decisões favoráveis de liberdade aos escravizados. Sobre a história de Luiz Gama, dentre outros: AZEVEDO, Elciene. Orfeu de Carapinha. Campinas: Unicamp, 1999; CÂMARA, Nelson. O advogado dos escravos. 2. ed. São Paulo: Lettera.doc, 2010.

36 Em 17 de dezembro de 2009, no julgamento do Recurso Especial nº 931.060-RJ, sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a área da Ilha de Marambaia, no Estado do Rio de Janeiro, como comunidade quilombola remanescente, legitimando expressamente o critério da autoatribuição adotado pelo decreto 4887/03.

37 Disponível em: <<http://koinonia.org.br/atlasquilombola/comunidades/RJ/ilha-da-marambaia/667/historia>> e <<http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/outubro/quilombo-marambaia-e-titulado-e-cem-familias-quilombolas-e-caicaras-sao-beneficiadas>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Brasil, sendo ele e o filho os únicos sobreviventes do tumbeiro que os trouxe. Chico Rei, de nome original Galanga, foi feliz na extração do ouro, ficou rico e comprou a sua alforria e de outros companheiros, mantendo território próprio e produção autônoma. Conforme estudos do professor Alfredo Almeida, em razão das alienações futuras da terra, até hoje há conflito, por motivo de usurpação e grilagem que ocorreram no tempo. Entrementes, destaca o citado antropólogo:

os descendentes e herdeiros constituem os principais agentes sociais em diversas situações analisadas. Inúmeras pesquisas chamam a atenção para isso, recorrendo às técnicas de história oral pelas quais os agentes sociais que receberam as terras como herança narram as dificuldades da formalização.<sup>38</sup>

O último exemplo citado pode ser encontrado nos escritos de Eurípedes Funes<sup>39</sup> que, em rica pesquisa, colocou luzes sobre os quilombos do baixo Amazonas, cujas reminiscências formaram a comunidade negra rural do Pacoval, no Município de Alenquer, Pará. A narrativa passa pela possibilidade de criação de quilombos sem que os negros mocambeiros tivessem sequer se submetido à escravidão. O historiador traz à consideração o depoimento de uma mulher de nome Maria Cândida, que foi presa em 1876 com outros 135 quilombolas e que, indagada sobre quem era o seu Senhor, disse: “nunca tive senhor por ter nascido na mata”, depoimento que foi seguido por vários presos.

Na memória oral colhida pelo autor, há vários relatos atuais de pessoas sabedoras de que os seus antepassados vieram forçadamente da África, vindo parar às margens do Rio Curuá, foram escravizados, sofreram maus-tratos, mas depois conseguiram fugir e se espalharam, procurando a proteção proporcionada pelas águas bravas do baixo Amazonas. Há casos de quilombolas com uma história de fuga da escravidão, mas outros que formaram quilombos sem essa vinculação.

38 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org). Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 62.

39 FUNES, Eurípedes A. “Nasci nas matas, nunca tive senhor”. História e memória dos mocambos do baixo Amazonas. REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. op. cit., p. 534-569.

## 5. CONCLUSÃO

Por fim, importa registrar que a tomada de posição do colendo Supremo Tribunal Federal de acatamento da autoidentificação na Ação Direta de Inconstitucionalidade acima aludida representa uma prova concreta da democratização da interpretação do texto constitucional, conforme sustentado por Peter Häberle. Em uma sociedade aberta, plural, para que se alcance, em determinados casos, uma melhor exegese da Constituição, outros atores sociais, além do magistrado, devem participar da hermenêutica constitucional, o que evidencia as lições do constitucionalista alemão:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.<sup>40</sup>

No caso, o sentido de *remanescentes de quilombos* deve surgir a partir da autoatribuição feita por um dos grupos étnicos que formaram a nossa cultura e, por conseguinte, a civilização brasileira, sem embargo das lições de ordem técnica advindas da ciência da Antropologia contemporânea.

---

40 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 15.

# Constitucionalização do Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: Aportes Doutrinários e Jurisprudenciais para um Direito Tributário Renovado

**Marcus Vinicius Barbosa**

*Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela UERJ. Master of Laws pela Columbia University (Nova Iorque). Professor visitante dos cursos de pós-graduação lato sensu da Faculdade de Direito da UERJ. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado no Rio de Janeiro*

**RESUMO:** O artigo aborda o processo de constitucionalização do Direito Tributário sob uma perspectiva substantiva e não meramente formal. Em linha com isso, o trabalho defende que que o Direito Tributário precisa ir além das discussões mais ligadas à interpretação das normas tributárias formalmente constitucionais para tornar operativos também os princípios tributários que trazem uma maior carga valorativa e que formam o verdadeiro alicerce do Direito Tributário, tais como: isonomia, capacidade contributiva, justiça fiscal, segurança jurídica, entre outros. Para tanto, demonstra-se a relevância de recentes aportes teóricos e, especialmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que apontam para um futuro mais promissor para o Direito Tributário no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização; Direito Tributário; Supremo Tribunal Federal

**ABSTRACT:** The article deals with the process of constitutionalization of Tax Law from a substantive and not merely formal perspective. Along those lines, the paper argues that Tax Law needs to go beyond the discussions more related to the interpretation of formally constitutional tax norms to make operative also the tax principles that embody more substantive values and form the true foundation of Tax Law, such as: equality, ability-to-pay principle, fiscal justice, legal certainty, among others. To this end, the paper lays out some relevant theoretical approaches and recent rulings from the Brazilian's Federal Supreme Court that point to a more promising future for the Tax Law in Brazil.

**KEYWORDS:** Constitutionalization; Tax Law; Brazilian's Federal Supreme Court.

## INTRODUÇÃO

Em 1918, ao julgar o caso *Hammer v. Dagenhart*<sup>1</sup>, a Suprema Corte Americana declarou inconstitucional a tentativa do Governo Federal de proibir o transporte interestadual de mercadorias produzidas por fábricas que exploravam o trabalho infantil. Considerou que houve violação ao princípio federativo e à competência dos Estados para a matéria. Naquela ocasião, por 5 a 4, decidiu-se ser apenas dos Estados a competência para legislar sobre o assunto. Em nova tentativa de regular a matéria, em 1919, o Congresso americano criou um tributo especial sobre os produtos que se valessem desse tipo de mão de obra. Assim, as empresas que se utilizassem do trabalho infantil deveriam pagar anualmente uma exação no valor de 10 % do lucro líquido auferido com os bens produzidos sob tal regime. Porém, em 1922, quando julgou *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, a Suprema Corte, por 8 votos a 1, declarou inconstitucional também essa nova medida tributária. Na decisão, após estabelecer a distinção em relação a outros julgados<sup>2</sup> em que considerou ser constitucional a diferenciação entre contribuintes com base em finalidades não exclusivamente fiscais, entendeu que uma finalidade já declarada contrária à Constituição não poderia ser perseguida pela via da tributação<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> 247 U.S. 251 (1918)

<sup>2</sup> A decisão da Suprema Corte Americana, que julgou o caso *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, expressamente diferenciou o caso de outros quatro precedentes em que a utilização extrafiscal de tributos foi considerada constitucional, a saber: *Veazie Bank v. Fenno*, *McCray v. United States*, *Flint v. Stone Tracy Co.*, *United States v. Doremus*. 259 US 20 (1922).

<sup>3</sup> *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922)

No caso narrado, uma determinada demanda social traduzida em uma norma de proibição explícita foi derrubada pela Suprema Corte. De maneira não muito sutil, essa mesma demanda social é veiculada não mais como proibição, mas sim como tributação gravosa (praticamente proibitiva) objetivando alcançar o mesmo fim anteriormente buscado. Ou seja: no exemplo, o Direito Tributário foi utilizado como uma arma para tentar promover uma mudança social.

Mais do que acerto ou desacerto quanto ao que foi decidido, considero o exemplo histórico acima um exemplo de como a relação entre Direito Tributário e Direito Constitucional é íntima, sempre foi e continuará sendo. E isso é verdade em praticamente qualquer democracia do mundo. A relação entre esses dois ramos do direito mimetiza, em certa medida, as tensões, contradições, dilemas, sucessos, fracassos e utopias da relação entre Estado e Sociedade. Isso decorre do fato de os tributos serem capazes de cumprir funções que desbordam daquela meramente arrecadatória, podendo também conformar relações econômicas e sociais. Quando uma disputa eclode, não raro, é a Suprema Corte quem deve dar a palavra final e, de certa maneira, sob uma roupagem jurídica, mediar o conflito entre Estado e Sociedade que está por trás de cada uma dessas discussões.

No Brasil, o Direito Tributário tem exercido um papel de protagonista na agenda do Supremo Tribunal Federal desde a Constituição de 1988<sup>4</sup>. Tal constatação nem por isso significa julgamentos relacionados a temas verdadeiramente constitucionais, que se conectem com as tensões mais genuínas no campo da tributação: respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes, federalismo, tributação regulatória, etc.<sup>5</sup>. Ao contrário, o Supremo ainda hoje continua a ter de se debruçar sobre um número impressionante de temas sem nenhum conteúdo materialmente constitucional, em meio a uma pauta concorridíssima<sup>6</sup>. Muitas vezes, mesmo quando

4 Nesse sentido, v. BARROSO, Luís Roberto. BARBOSA, Marcus Vinicius Cardoso. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro. *Universitas Ius*, v. 27, p. 1-20, 2016; e ROCHA, Sergio André. O protagonismo do STF na interpretação da Constituição pode afetar a segurança jurídica judicial em matéria tributária? In: *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011, v. 15, pp. 415-430.

5 Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. BARBOSA, Marcus Vinicius Cardoso. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro. *Universitas Ius*, v. 27, p. 1-20, 2016.

6 Por exemplo, do total de temas de repercussão geral hoje, é possível localizar ao menos quatro diferentes e que dizem respeito à contribuição para o FUNRURAL: (i) contribuição para o FUNRURAL do segurado especial (STF, RE 761.263, Relator Min. Teori Zavascki); (ii) contribuição para o FUNRURAL da Agroindústria (STF, RE 611.601, Relator Min. Dias Toffoli); (iii) contribuição para FUNRURAL do empregador pessoa física antes da Emenda Constitucional nº 20/1998 (STF, RE 596.177, Relator Min. Ricardo Lewandowski); (iv) contribuição para o FUNRURAL do empregador

são julgados temas materialmente de direito tributário constitucional, a abordagem acaba sendo aquela mais tradicional, e formal, que historicamente prevaleceu na jurisprudência da Corte. Na prática, reproduz-se o pensamento doutrinário tradicional e dominante sobre Direito Tributário.

A ideia central do presente trabalho é demonstrar que o Direito Tributário, apesar de ser um dos ramos do Direito com o maior número de dispositivos na Constituição, ainda não foi atingido, ao menos o suficiente, pelo movimento de constitucionalização que avançou com sucesso sobre outros ramos da cultura jurídica nas últimas duas décadas. Sendo assim, há um espaço grande que pode e deve ser preenchido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de promover uma constitucionalização substantiva, axiológica e valorativa do Direito Tributário. O resultado desse processo passa pela reaproximação entre o debate tributário e o debate constitucional atual sob o ponto de vista material e não apenas formal.

Nesse contexto, defendo que o papel tanto da doutrina quanto dos tribunais é resgatar e tornar operativos os princípios tributários que trazem uma carga valorativa mais relevante e que formam o alicerce do Direito Tributário, tais como: isonomia, capacidade contributiva, justiça fiscal, segurança jurídica, etc. Trazer para os direitos fundamentais dos contribuintes a gramática e os modelos de operação próprios dos direitos fundamentais em geral. Entender que, embora cobrado pelo Estado, os tributos representam a repartição das vantagens e riscos sociais entre toda a Sociedade. E, sendo assim, a todos importa e atinge tanto as hipóteses de oneração e quanto as de desoneração, sejam elas formais, pelos instrumentos legais próprios, sejam elas informais, pela via da interpretação constitucional. A atuação no Supremo Tribunal Federal do Ministro Luís

---

rural pessoa física pós Emenda Constitucional nº 20/1998 (STF, RE 718.874, Relator Min. Edson Fachin) . No tocante à base de cálculo da COFINS, o número é ainda maior e atinge oito temas com repercussão geral reconhecida: (i) a base de cálculo da PIS/COFINS na importação (STF, RE 559.937, Relator Min. Ellen Gracie); (ii) a ampliação da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 10.833/2003 (STF, RE 570.122, Relator Min. Marco Aurélio); (iii) a inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS/COFINS (STF, 574.706, Relator Min. Cármen Lúcia); (iv) a ampliação da base de cálculo da PIS/COFINS pela Lei nº 9.718/1998 (STF, RE 585.235, Relator Min. Cezar Peluso); (v) a inclusão do ISS na base de cálculo da PIS/COFINS (STF, RE 592.616, Relator Min. Celso de Mello); (vi) a inclusão dos créditos presumidos de IPI na base de cálculo da PIS/COFINS (STF, RE 593.544, Relator Min. Roberto Barroso); (vii) a inclusão da receita decorrente da locação de bens imóveis na base de cálculo da Contribuição da PIS/COFINS, tanto para empresas que tenham por atividade econômica preponderante esse tipo de operação, como para as empresas em que a locação é eventual e subsidiária ao objeto social principal (STF, RE 599.658, Relator Min. Luiz Fux); e, por fim, (viii) a inclusão de créditos presumidos de ICMS decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal na base de cálculo da PIS/COFINS (STF, RE 835.818, Relator Min. Marco Aurélio)

Roberto Barroso tem sido crucial para esse processo ainda incipiente de transformação do Direito Tributário.

Eu já conhecia o jurista e professor brilhante Luís Roberto Barroso dos bancos da UERJ, instituição a qual devo praticamente toda a minha formação jurídica. Mesmo antes de ser seu aluno no mestrado, seus livros e textos já eram responsáveis por moldar em grande parte a minha forma de enxergar o direito público e, principalmente, por alimentar a paixão que nutro até hoje pelos temas ligados ao Direito Constitucional e às instituições brasileiras. Essa influência, inclusive, devo confessar, teve um papel importante na minha escolha pela carreira de Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Devo dizer que sou feliz em todas essas escolhas.

Entre 2015 e 2016, eu tive a honra e o prazer de ter sido assessor do Ministro Luís Roberto Barroso e ver a história acontecer, literalmente. Durante o período que estive lá, assisti: um Senador da República ser preso no curso do mandato por ordem do Supremo; o Presidente da Câmara dos Deputados ser afastado da Presidência da Casa e do mandato parlamentar por decisão unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal; o julgamento pelo Supremo da ADPF 378, que definiu o rito do processo de impeachment que culminou com o afastamento do cargo da Presidente da República eleita. Foram dias difíceis para a ainda jovem democracia no Brasil e acho que ainda precisaremos de mais distanciamento histórico para digerir e entender tudo que aconteceu naquele período e nos dias que se sucederam. Para o Supremo Tribunal Federal, em especial, foi um período igualmente turbulento, talvez o mais turbulento da sua história.

Diante do cenário descrito, ter podido acompanhar de perto a postura correta, altiva, independente e corajosa do Ministro Luís Roberto Barroso, especialmente nesses dias mais turbulentos e de maior pressão que se passaram, serviu de confirmação de todas as expectativas que eu tinha a seu respeito e de compensação por todo trabalho duro daquele período. Em verdade, devo dizer que o período que passei no Supremo Tribunal Federal assessorando o Ministro Barroso representou, sem dúvidas, a minha experiência profissional mais importante, desafiadora e também prazerosa. Digo prazerosa porque tive o privilégio de assessorar, conviver e discutir questões jurídicas da mais alta complexidade e relevância com uma das mentes mais brilhantes, generosas e bem-humoradas que o Direito já produziu. Além disso, tive ainda sorte de trabalhar em um time

de assessores formado por pessoas extremamente inteligentes, sérias, preparadas, dedicadas e também generosas. Pessoas que me ajudaram a me tornar um jurista e uma pessoa muito melhor do que eu era quando desembarquei em Brasília. Também por isso, sou intensamente grato ao Ministro Luís Roberto Barroso, pela oportunidade de ter feito parte dessa equipe e desfrutado desse convívio.

Dito isso, o presente trabalho está dividido em duas partes, cada parte dividida em três tópicos. Na primeira parte trato dos aportes doutrinários que delinham a questão: (i) do processo de constitucionalização do Direito em geral, para qual a contribuição teórica do Ministro Luís Roberto Barroso é inestimável e, como não poderia deixar de ser, sua obra serve de marco teórico; (ii) do processo de constitucionalização do Direito Tributário, aqui trabalhado sob um viés substantivo e não meramente formal; e (iii) das linhas gerais da contribuição que o Ministro Luís Roberto Barroso vem dando no Supremo Tribunal Federal com seus votos para a consolidação desse processo de constitucionalização substantiva do Direito Tributário. Na segunda parte, trato dos aportes jurisprudenciais e são comentados três julgados em matéria tributária nos quais o Ministro ou era o relator, ou apresentou voto-vista, ou, simplesmente, teve uma atuação central para a formação do convencimento do Plenário e para produção da decisão final. Os casos tratados são: (i) ADI 5135, que trata do protesto de CDA; (ii) RE 723.651, que discutiu a incidência de IPI na importação por não contribuinte; e (iii) as ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859, e RE 601.314, processos julgados em conjunto nos quais se discutiu a legitimidade constitucional do acesso direto ao sigilo bancário dos contribuintes por parte da Administração Tributária.

## 1. APORTES DOUTRINÁRIOS

### 1.1 Constitucionalização do Direito

Hoje se está diante de um novo modelo de Estado. Um Estado capaz de conciliar os valores da democracia e do constitucionalismo com o fato do pluralismo social e político. Um Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, as últimas décadas do século XX assistiram ao surgimento de diferentes leituras do fenômeno, por inúmeros pensadores como Za-

grebelsky<sup>7</sup>, Robert Alexy<sup>8</sup>, Ronald Dworkin<sup>9</sup>, Paolo Commanduci<sup>10</sup>, dentre outros, todos em busca de um novo paradigma para o Estado Constitucional de Direito atual. A esta profusão de ideias de variadas matizes filosóficas e sociais tem-se denominado *neoconstitucionalismo*<sup>11</sup>.

Independentemente do nome que se queira dar, o fato é que o Direito Constitucional tem passado por profundas transformações no período recente, sendo a constitucionalização do direito o resultado dessa ampliação da área de influência de um Direito Constitucional renovado que, segundo ensina Luís Roberto Barroso, tem três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico<sup>12</sup>. Essas ideias serão agora percorridas de forma breve para que se possa compreender bem o fenômeno da constitucionalização do direito, como consequência que é do neoconstitucionalismo<sup>13</sup>.

O marco histórico é sem dúvida, na Europa, o constitucionalismo do segundo pós-guerra<sup>14</sup> e, no Brasil, a Constituição 1988. As cartas surgidas na Europa após a Segunda Guerra Mundial, ainda sob os efeitos das

7 ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009.

8 ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho – la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

9 DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.

10 COMMANDUCI, Paolo. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

11 O termo neoconstitucionalismo encerra distintos significados, muitos deles ainda em construção. Para estudo aprofundado sobre o tema, vide: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição*. In: *20 Anos da Constituição Brasileira*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Márcio (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2009. Nesse trabalho, Miguel Carbonell ressalta que a grande novidade do neoconstitucionalismo está na ocorrência simultânea, no tempo e espaço, dos três elementos que o autor considera que lhe dão forma: constitucionalismo do 2º pós-guerra, práticas jurisprudenciais pautadas por novos parâmetros interpretativos, (ponderação, proporcionalidade, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, etc.) e um desenvolvimento teórico que concebe o ato de concretização do Direito, em especial pelo Judiciário, como uma atividade criativa e transformadora da realidade.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Editora Renovar, Rio de Janeiro 2009.

13 Para Daniel Sarmento, o Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação de normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e a Moral, com penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. In: *Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

14 BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights: the origins and meaning of postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

atrocidades cometidas com o Holocausto nazista, procuraram incorporar aos seus textos direitos fundamentais e princípios relevantes de moralidade política, de modo a balizar a atuação dos poderes constituídos. Por outro lado, foram instituídos ou ampliados os mecanismos de jurisdição constitucional existentes, deixando claro que o controle não seria mais apenas formal, mas que, ainda que editados pela autoridade competente, os atos seriam controláveis também sob o aspecto material, não sendo mais cabível a simples aceitação de qualquer conteúdo<sup>15</sup>. Nesse momento histórico, a principal referência foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, e, subsequentemente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. Esse teve suporte também na Constituição da Itália de 1947, principalmente, com a posterior instalação da Corte Constitucional, 1956. E, por fim, ganhou ainda mais força com a redemocratização e a reconstitucionalização dos países ibéricos, Portugal, 1976, e Espanha, 1978, que deu mais volume ao movimento<sup>16</sup>.

No Brasil, esse período é inaugurado com a Constituição de 1988, que coroou o processo de redemocratização brasileiro e foi resultado de uma Assembleia Constituinte livre e democrática, marcada por ampla participação da sociedade civil organizada<sup>17</sup>. Como resultado, obteve-se uma Carta extensa, generosa na concessão de direitos e garantias individuais e bastante ambiciosa no projeto de transformação da sociedade. Nela, o constituinte não se limitou a estabelecer a organização da estrutura básica dos poderes do Estado e garantir os direitos fundamentais, mas também estabeleceu um amplo projeto de transformação da sociedade brasileira, no sentido da promoção da justiça social, da liberdade real e da igualdade substantiva<sup>18</sup>. E mais, constitui-se em um texto dialético, sem predomí-

15 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. SARMENTO, Daniel. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. *Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Editora Renovar, Rio de Janeiro 2009, pp. 63-64.

17 Nesse sentido é o testemunho de J. Bernardo Cabral que, em passagem que não esconde certa dose de romantismo de quem foi partícipe desse importante momento histórico, relata: “Vivia-se a democracia de fato, um momento em que a atividade política era genuinamente de *res publica*, como sempre deveria sê-lo, a seguir o sentido etimológico da palavra. É oportuno recordar que a participação da cidadania aqui mencionada foi poderoso vetor de atuação política, a aplacar iras e ressentimentos, e a reverter conflitos potenciais em sinergias construtivas, com abundante exercício de ativa participação da sociedade. Aprendíamos o verdadeiro sentido da pluralidade republicana, e, como tal, a militância popular era valiosa ferramenta a serviço da transição democrática e da consolidação do estado democrático de direito.” In: *Os 20 Anos da Constituição Federal de 1988: Avanços e Retrocessos*. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (coordenadores). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5.

18 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. SARMENTO, Daniel. In: *Livres e Iguais – Estudos*

nio absoluto de uma tendência política específica ou cosmovisão, sendo, portanto, chamada de Constituição Compromissória<sup>19</sup>. É dizer, cuida-se de uma Constituição pluralista, que resultou do compromisso possível entre a ampla variedade de forças políticas e de interesses que se fizeram representar na Assembleia Constituinte, o que, de certo modo, explica a heterogeneidade dos valores constantes do texto<sup>20</sup>. Sendo tão pródiga em valores substantivos, acaba-se lançando mão de princípios expressos em linguagem vaga e abstrata, de modo a condensar tais valores. Por esse expediente, faz-se a mediação normativa entre o direito e importantes aspectos da moral, resultando em normas jurídicas de maior plasticidade – os princípios –, que, por vezes conflitantes, acabam formando o espaço ideal para o desenvolvimento da filtragem constitucional<sup>21</sup>.

O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo, que representa, em verdade, um novo momento da tensão histórica entre a corrente do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, num modelo mais próximo do hibridismo que da divisão estanque<sup>22</sup>. Com a superação histórica do jusnaturalismo, baseado no direito natural, e o fracasso polí-

---

de *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

19 BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 - Uma breve e acidentada história de sucesso*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

20 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. SARMENTO, Daniel. In: *Livres e Iguais - Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 180.

21 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*, 1999. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

22 Sobre essa tensão histórica é muito interessante o trabalho de Viviane Nunes Araújo Lima, originado de sua dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, bem resumido na seguinte passagem: “Notadamente ao perceber o homem como medida de todas as coisas, sujeito de direitos naturais e inerentes à sua própria condição de ser humano, é que o Jusnaturalismo moderno assume ares revolucionários. A noção da existência de direitos subjetivos do indivíduo, oponíveis aos demais e ao próprio soberano, certamente exerceu decisiva ascendência sobre os movimentos revolucionários do século XVII e XVIII. Influuiu pois, sobremaneira, na formação do Estado de Direito, erguido sob a bandeira de uma Constituição garantidora dos direitos individuais, limitadora dos poderes do soberano e legítima pela vontade geral. Tal qual o zangão no reino animal, o macho que desde o seu nascimento esforça-se para atingir a idade adulta e assim fecundar a abelha-Rainha para morrer em seguida, o Direito Natural, desde os tempos mais remotos, esforça-se para fecundar o Direito Positivo, impregnando-o dos valores mais preciosos – Justiça, Liberdade, Bem-Comum. No momento que realiza essa tarefa, tornando fértil o terreno jurídico para as suas aspirações ao final do século XVIII, morre solapado pelo positivismo imperioso e avassalador do século seguinte, pela Era das Codificações, pelas ideias surgidas com as novas correntes de pensamento jurídico, pela escola de Exegese na França, pela Escola Histórica na Alemanha. Já no nosso século, pelos idos dos anos 20, após a 1ª. Grande Guerra e mais especificamente ao final da 2ª. Grande Guerra, percebemos que, na realidade, aquelas ideias não haviam morrido, mas apenas entrado num estado de catalepsia. Vale dizer, em face aos horrores produzidos pelos regimes nazi-facista e stalinista, os princípios consagrados pela Escola do Direito Natural voltam à baila do pensamento ocidental, despertando do sono profundo em que se encontrava a ideia de um Direito justo, fundamentado na razão humana, capaz de fornecer um paradigma de justiça a ser perseguido pelo Direito Positivo de qualquer Estado.” In: *A Saga do Zangão - Uma Visão Sobre o Direito Natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp.180-182.

tico do positivismo<sup>23</sup>, fundado na separação rígida entre direito e moral, abre-se espaço para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo<sup>24</sup> busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas<sup>25</sup>, operando essencialmente a partir da inclusão no ordenamento posto de valores morais e humanísticos pela via dos princípios. Tal fenômeno deságua em dispositivos com alto grau de abstração, mas que, dotados de normatividade, são operativos de um novo modelo de aplicação e concretização do Direito melhor explicado pelo próximo marco – o teórico.

O marco teórico comporta três grandes transformações no modelo de aplicação do Direito, a saber: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional na qual, entre várias mudanças, sobressai-se a normatividades dos princípios<sup>26</sup>.

Uma das principais mudanças do constitucionalismo contemporâneo, especialmente na Europa, é a atribuição de status de norma jurídica às normas constitucionais, rompendo com a faticidade do modelo anterior que considerava que a realização da *Constituição Jurídica* estaria sempre condicionada pela realidade social e política, e não o contrário<sup>27</sup>. Essa mudança sofreu forte influência da doutrina de Konrad Hesse, para quem a Constituição passa a ser entendida não mais como um simples pedaço de papel, mas como instrumento de realização do Direito, que não apenas recebe influência da realidade social e política, mas possui mecanismos

23 Para um histórico da crise recente positivismo jurídico ver: FERALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafio*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 1-10.

24 “Ainda não há uma uniformidade conceitual em torno do pós-positivismo: diversas linhas de pensamento podem ser agrupadas sob essa ampla rubrica. Todas têm em comum, no entanto, o reconhecimento de que o positivismo jurídico e o arcabouço teórico que ele construiu são insuficientes para lidar com o direito tal qual ele se apresenta hoje.”. PIREZ, Thiago Magalhães. *Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral*. Revista de Direito do Estado – n.ºs 17-18 (janeiro/junho de 2010). Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 171-216.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 - Uma breve e acidentada história de sucesso*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

26 BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 - Uma breve e acidentada história de sucesso*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

27 Aqui, cuida-se de um fenômeno essencialmente europeu, já que os Estados Unidos da América, ao menos desde o célebre julgamento de *Marbury x Madison* de 1803, já era aceito o controle de constitucionalidade de leis face à Constituição e, portanto, um modelo de supremacia constitucional, v. NELSON, William E. *Marbury v. Madison: The origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: United Press of Kansas, 2000.

jurídicos com pretensão e capacidade de conformá-la<sup>28</sup>. E mais: também nesse momento histórico, aprofunda-se um processo que já tinha se iniciado antes da 2ª Guerra Mundial de revisão do papel do Estado e aceitação da ideia de que, mais do que apenas garantir direitos individuais clássicos, competia a ele também a execução de prestações positivas para promoção de direitos sociais e econômicos que já apareciam estampados em algumas Constituições à época<sup>29</sup>.

Concomitantemente à consagração da ideia de que a Constituição era norma jurídica e, por conseguinte, dotada de força normativa, surge a necessidade de se estabelecer mecanismos que garantissem o seu cumprimento forçado. É dizer, além do sentimento constitucional de que falava Konrad Hesse, era necessária a criação de ferramentas jurídicas que garantissem a sua prevalência. Com isso, as Constituições do 2º pós-guerra, num processo iniciado pela Alemanha, 1951, e Itália, 1956, e que depois se espalha pelo restante da Europa, passam a adotar um novo modelo de controle de constitucionalidade, inspirado na experiência norte-americana de supremacia da Constituição<sup>30</sup>. O modelo consistia na constitucionalização de direitos e garantias fundamentais, que ficavam a salvo do processo político majoritário, restando delegado ao Judiciário a sua proteção, primordialmente, no caso europeu, por tribunais constitucionais criados para esse fim<sup>31</sup>.

No Brasil, o controle de constitucionalidade, previsto pela via difusa desde a Constituição de 1891, ganha ampla latitude na via principal com a Constituição de 1988. Consolida-se, assim, o modelo híbrido, introduzido desde a emenda Constitucional nº 16, de 1965, que albergou o primeiro mecanismo de controle concentrado. Assim, passa-se a ter um

28 “A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.” HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der Verfassung)*, tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25

29 As primeiras Constituições a acolherem valores do Estado Social foram a Constituição mexicana, de 1917, e a alemã, de Weimar, de 1919. Cf. NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp.82-83.

30 TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

31 Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 – Uma breve e acidentada história de sucesso*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 68-69.

modelo por via principal com multiplicidade de legitimados e instrumentos de ação, além do vetusto controle incidental. Tal fato, aliado a uma Constituição tão prolixa como a brasileira, ocasionou uma enxurrada de ações pela via principal, sem falar nos infundáveis recursos extraordinários admitidos pela via incidental.

O reconhecimento de normatividade amplificada às normas constitucionais expõe a necessidade de utilização de novos métodos de interpretação para além dos tradicionalmente reconhecidos e utilizados para a interpretação das normas jurídicas em geral. A aceitação da normatividade de dispositivos de texturas mais aberta, por vezes conducentes a um estado de coisas conflitante<sup>32</sup> e que admitem realização em diferentes graus, traz ínsita a premência de uma maior abertura metodológica. Assim, além dos já conhecidos princípios instrumentais de interpretação constitucional – tais como o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade – há a elaboração de novas categorias e conceitos que pretendem dar conta dessa nova realidade constitucional<sup>33</sup>.

Em síntese, pode-se identificar nas diferentes teorias ‘neoconstitucionalistas’ alguns pontos de convergência: (i) reconhecem a democracia, nas suas mais diferentes teorias, como pressuposto de legitimidade do Estado<sup>34</sup>; (ii) partem da força normativa da Constituição<sup>35</sup> para afirmá-la como epicentro hierárquico e axiológico do ordenamento jurídico; (iii) reconhecem uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais a exercer efeitos irradiantes sobre o todo o ordenamento e a condicionar tanto as relações públicas quanto as privadas; (iv) a partir da retomada da distinção entre texto normativo e norma<sup>36</sup>, admitem, ao menos em parte, o caráter

32 Um exemplo disso pode ser encontrado nos princípios que regem a Ordem Econômica na Constituição, especificamente no art. 170, CRFB/88, que trazem como objetivo: a busca do pleno emprego ao tempo que consagra a livre iniciativa; prevê tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, mas consagra a livre concorrência. São objetivos que em abstrato parecem conflitantes ou mesmo excludentes mas que podem e necessitam ser compatibilizados de modo a dar cumprimento integral a Constituição.

33 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição* - 7ª ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2009.

34 Nesse sentido v. FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Doxa. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 16 (abril 2002), pp. 7-20

35 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

36 GUASTINI, Ricardo, *Teoria e dogmática delle Fonti*, p. 16 e *Dalle Fonti alle Norme*, pp. 20 e segs. Apud AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

construtivo da atividade de interpretação/aplicação<sup>37</sup> do Direito; (v) ressaltam a importância normativa dos valores e dos princípios; (vi) especificamente no que se refere aos princípios, a partir de sua carga normativa, afirmam seu papel determinante na aplicação/interpretação do Direito; (vii) propõem a reaproximação entre o Direito e a Moral, superando a lógica do Estado como um fim em si mesmo, exigindo-se novo resíduo de legitimidade para o ordenamento para além da autoridade estatal.

O professor Luís Roberto Barroso, com a clareza que lhe é peculiar, descreve o fenômeno da constitucionalização como uma maneira de olhar e interpretar o Direito. Um novo olhar lançado com a lente do Direito Constitucional<sup>38</sup>. Assim, qualquer operação de realização do Direito, na prática, envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior, ainda que nem sempre se perceba ou se explicita isso<sup>39</sup>. Haverá aplicação direta quando a solução para o caso estiver contida na atuação imediata e sem intermediação legislativa de um princípio constitucional. Por outro lado, ocorrerá aplicação indireta da Carta sempre que a solução jurídica para o caso se fundar no direito infraconstitucional, uma vez que: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete, ainda que de maneira implícita, deve sempre fazer um juízo prévio sobre a compatibilidade entre a norma que rege o caso concreto e a Constituição; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.<sup>40</sup>

O professor Luís Roberto Barroso sintetiza a questão pontificando que *“a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”*<sup>41</sup>

Nesse ambiente, cresce de importância a ideia de que os direitos fundamentais, ponto central das Constituições contemporâneas, não de-

37 LACOMBE CAMARGO, Maria Margarida. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição para o estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15 e segs.

38 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

39 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

40 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

41 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

vem ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos, possuindo também uma feição objetiva. Essa dimensão objetiva constitui-se na capacidade de irradiar efeitos e influenciar a interpretação e aplicação do Direito infraconstitucional em seus mais diversos ramos, em especial quando se tratar de institutos ou normas dotadas de linguagem mais aberta e indeterminada.

Sobre as potencialidades da constitucionalização do Direito, Daniel Sarmento traz duas observações fundamentais para o presente trabalho. A primeira é a constatação de que a constitucionalização derruba fronteiras, dogmas e altera a relação entre público e privado. Sarmento afirma que *“a constitucionalização do Direito vai desafiar antigas fronteiras como Direito Público/ Direito Privado e Estado/ sociedade civil. Isso porque, numa ordem jurídica constitucionalizada, a Constituição não é apenas a lei fundamental do Estado. Ela é a lei fundamental do Estado e da sociedade.”*<sup>42</sup> A segunda se relaciona com a abrangência desse movimento, que permeia todos os ramos do Direito em maior ou menor extensão, reconectados por um elo comum: a Constituição. Assim, se a complexidade da sociedade atual, cada vez mais heterogênea e fluída, demanda uma crescente especialização com o surgimento inclusive de novos ramos do Direito, em contrapartida, *“há agora um centro de gravidade, capaz de recolher e juridicizar os valores mais importantes da comunidade política, no afã de conferir alguma unidade axiológica e teleológica ao ordenamento.”*<sup>43</sup>

## 1.2. Constitucionalização do Direito Tributário

Lançadas as premissas teóricas, já se torna quase intuitiva a conclusão de que se vive um momento no qual a importância da Constituição e do Direito Constitucional é bastante amplificada. A Constituição brasileira de 1988, adotando o exemplo da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978, seguiu a postura de inserir em seu corpo uma ampla gama de matérias que, a princípio, poderiam ter sido deixadas à regulação do legislador ordinário. Tal atitude é totalmente

42 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. SARMENTO, Daniel. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 177.

43 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. SARMENTO, Daniel. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 177.

compreensiva, já que os três países promulgaram suas Constituições logo após períodos traumatizantes de violação ao regime democrático. Dessa forma, ocorre a constitucionalização de matérias que antes eram apenas objeto da legislação infraconstitucional, como uma forma de conferir maior proteção a determinados temas, mantendo-os fora do processo legislativo ordinário.

Com o Direito Tributário também ocorreu esse processo de constitucionalização de temas que deveriam estar dispostos em legislação infraconstitucional. Em razão disso, Ricardo Lodi Ribeiro<sup>44</sup> divide a relação entre o Direito Tributário e Constituição em duas dimensões: uma primeira formal, retratada pelo estudo dos diversos dispositivos presentes no capítulo do Sistema Tributário Nacional da Constituição, e que sempre recebeu muita atenção e prestígio da doutrina e da jurisprudência pátrias; outra, de índole material e desenvolvimento mais recente, preocupada com a legitimação do sistema tributário e com a correta aplicação dos princípios constitucionais – em especial os ligados à ideia de Justiça – que, infelizmente, ainda não goza de tantos adeptos quanto à primeira<sup>45</sup>.

Sob a perspectiva formal, o Direito Tributário foi um dos ramos que mereceu o maior espaço na CRFB/88. Somando-se o Título VI, Capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional, com todas as outras regras esparsas sobre tributação e o rol de direitos e garantias fundamentais aplicáveis à matéria, chega-se a uma teia robusta de regras e princípios constitucionais que disciplinam e limitam o poder de tributar, mas também buscam promover a justiça fiscal por uma equilibrada distribuição dos custos sociais entre todos os membros da sociedade. É dizer, em matéria de Direito Tributário é ainda mais improvável negar a centralidade da Constituição, principalmente nos dias atuais em que a Carta Magna

44 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Constitucionalização do Direito Tributário*. In: *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Editora *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2009.

45 Nesse sentido, também registrando a existência dessas duas facetas distintas da constitucionalização, Daniel Sarmento, para quem: “(...) o processo de constitucionalização do Direito, que, a rigor, envolve duas facetas distintas: (a) a Constituição passa a tratar, em maior ou menor detalhe, de temas que antes eram disciplinados pelo legislador, retirando uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas de cada momento; e (b) os princípios e valores da Constituição penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma filtragem constitucional do ordenamento, vale dizer, a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição. In: *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. SARMENTO, Daniel. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 177.

tem seu papel de protagonista em relação a todo ordenamento jurídico amplamente reconhecido.

Entretanto, a faceta mais relevante para o presente trabalho é sem dúvidas a que trata da constitucionalização como fenômeno associado ao efeito expansivo e condicionante das normas constitucionais mais fundamentais e de mais elevado teor substantivo e axiológico. Os Direitos fundamentais, os princípios fundamentais da República, os princípios e regras que traduzem os fins últimos do Estado têm, no atual estágio do desenvolvimento dogmático do Direito Constitucional, a capacidade não apenas de determinar a validade da legislação ordinária, mas também de inspirar a interpretação e aplicação dos mais diversos ramos do Direito infraconstitucional. Porém, trazer esse debate específico do Direito Tributário, cuja doutrina dominante ainda hoje é marcada por um forte viés formalista, já é um grande desafio<sup>46</sup>. Se no passado o formalismo teve um caráter estratégico de diminuição do espaço sujeito à imposição fiscal, atualmente, mesmo sob essa ótica, já não demonstra a mesma eficácia que seus defensores imaginavam. Ao contrário, bem entendida essa estratégia pelo Fisco, tal noção hoje atua, em alguns casos, em total desfavor dos direitos dos contribuintes<sup>47</sup>.

Acredita-se, assim, que é o momento de o Direito Tributário, não sem algum atraso, seguir os passos de outros ramos do Direito cuja doutrina tem feito um esforço para promover a revisão de seus institutos à luz dessas novas premissas aqui já lançadas. Nesse ambiente, surge espa-

46 Nessa linha e condensando boa parte dos principais argumentos formalistas: XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001; DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo* – 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; e CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário* – 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. Na visão de ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY, há um fetichismo institucional que obstaculiza a atuação do Direito, confinando-o; é o culto ao passado, de ditadura da superioridade dos antigos, a imobilização em face do arraigado, o medo do futuro, do novo. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação Tributária – Introdução à Justiça Fiscal Consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 23.

47 Esse ponto parece ter sido muito abordado por Ricardo Lodi Ribeiro, que destaca que: “(…), se o formalismo, por muito tempo, serviu de fundamento a uma concepção de segurança baseada no abusos de formas jurídicas, tais efeitos vêm sendo eliminados por uma legislação tributária que cria mecanismos para superar as práticas evasivas e elisivas. Por outro lado, tal pensamento formalista acaba por se impor como obstáculo à efetivação de princípios materiais que tutelam os direitos dos contribuintes, como princípio da não surpresa, o princípio da capacidade contributiva, e o princípio da igualdade. Sem falar que a complexidade da legislação tributária muitas vezes subordina o cálculo de deduções e benefícios fiscais, a conceitos, como o de despesas necessárias, por exemplo, que não podem ser fixados previamente pelo legislador, e cuja interpretação formalista pode acabar por violar direitos dos contribuintes.” RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 99-100.

ção também para a incorporação de novos instrumentos de atuação, decorrentes de uma aproximação teórica do Direito Tributário com outros ramos jurídicos, reconectados por uma realidade constitucional comum e ampliada. Ocorre que o processo de constitucionalização do Direito é um fenômeno multifacetado, que pode produzir diferentes resultados nos vários ramos do Direito e nas diversas relações jurídicas em que se procura observá-lo. Mesmo no Direito Tributário, tal fenômeno pode ser visto sob o ângulo da legitimação do sistema tributário nacional, sob a leitura constitucionalmente adequada das limitações constitucionais ao poder de tributar, sob o enfoque da guerra fiscal, da lealdade entre os entes federativos e dos direitos fundamentais dos contribuintes. Todos esses temas estão sujeitos ainda às influências do estágio mais atual da relação entre Estado e Sociedade.

A crise do Estado Social, especialmente ligada às dificuldades de financiamento e do agigantamento das funções estatais, fez surgir o Estado Social e Democrático de Direito, marcado pela sociedade de risco<sup>48</sup>, com a superação dos positivismos, seja o formalista, seja o sociológico, e abertura aos valores e princípios, abrindo caminho para teorias pós-positivistas, como a Jurisprudência dos Valores, a Tópica, a Nova Retórica, a Justiça como Equidade. No Direito Tributário, o pós-positivismo reaproxima o Direito dos valores, promovendo a ponderação, no plano da legitimação do ordenamento jurídico, da segurança jurídica com a Justiça. Em consequência, os princípios derivados são também ponderados, superando a oposição entre legalidade e capacidade contributiva<sup>49</sup>.

A sociedade de risco, na visão de Ricardo Lobo Torres, se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade<sup>50</sup>. Para Ricardo Lodi

---

48 Sobre a sociedade de riscos: BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. Editora 34: São Paulo, 2010 e BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

49 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte*. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. pp.262-263.

50 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume II*. Valores e Princípios Constitucionais Tributários -, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 173-174.

Ribeiro, a sociedade de risco é caracterizada pela imprevisibilidade dos riscos presentes, que não mais podem ser explicados com base em dados oferecidos pela experiência passada, e pela ambivalência, com as medidas adotadas para solucionar problemas, gerando outros problemas para outras pessoas<sup>51</sup>.

Assim, a segurança jurídica na sociedade de riscos se afasta da ótica eminentemente individualista, típica do Estado Liberal, e também da ideia de seguridade social e do Estado como segurador universal, marca do Estado Social, para se consolidar na ideia de seguro social, a partir da repartição, não só de direitos, mas também de danos e custos pelos cidadãos, de acordo com regras extraídas do pluralismo político e social<sup>52</sup>. Nesse ambiente, se reconhece que os direitos fundamentais e sociais representam custos<sup>53</sup> que, em última análise, são repartidos por toda a sociedade e financiados basicamente pela receita dos tributos. É dizer, tanto a norma de incidência quanto a de desoneração representam uma repartição dos custos dos direitos e da prevenção dos riscos sociais por toda a sociedade, numa operação que onera determinados indivíduos e concede benefícios a outros<sup>54</sup>.

No caso brasileiro, é de se ressaltar a tensão dialética existente entre uma sociedade carente e desigual como a nossa e o extenso elenco de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Ocorre que, infelizmente, *direitos não nascem em árvores*<sup>55</sup>. Administrar é, por essência, gerir recursos finitos para demandas ilimitadas. A cada decisão alocativa explícita, o administrador se vê diante de uma decisão desalocativa implícita. Sendo os tributos a principal forma de financiamento estatal, esse fato não pode ser desconsiderado, já que influi diretamente nessa

51 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte*. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, pp.263.

52 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte*. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, pp.263.

53 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company, 1999; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

54 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte*. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. PP.263.

55 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company, 1999; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

tensão. Não há como se pretender ser social na concessão de direitos e prestações estatais, e liberal na arrecadação de recursos. A conta não fecha. Portanto, é preciso encontrar o equilíbrio possível.

Desse conjunto de ideias, nasce a necessidade de superação da categoria de direitos do contribuinte – que não mais atende a realidade, os anseios e desafios impostos pela sociedade de riscos –, e que parte da aceitação da existência de uma relação horizontal entre os diferentes sujeitos passivos da obrigação tributária, para além da clássica relação vertical entre Estado e contribuinte. A proteção de direitos individuais de um contribuinte, ou de um grupo de contribuintes, não pode ocorrer a qualquer preço e à custa da negação total de direitos de outros segmentos sociais. O âmbito da ponderação se amplia pela inclusão de outros interesses no procedimento de concretização do Direito. Ou seja, dentro do quadro traçado, não há mais razão que justifique métodos de interpretação e concretização do Direito Tributário que não levem em consideração todos os interesses em jogo. E mais, o dever de respeito à segurança jurídica, à boa-fé e à moralidade fiscal é de todos e não apenas do Estado<sup>56</sup>. Esse parece ser o grande desafio do Direito Tributário na atualidade.

De todo modo, não se propõe um necessário abandono de todo o desenvolvimento teórico do Direito Tributário, tampouco dos princípios constitucionais que regem a matéria. Em verdade, o que se busca é a construção desse ramo de forma mais consentânea com a realidade social e normativa atual, o que passa por uma necessária releitura dos seus principais institutos, sob a perspectiva do fenômeno neoconstitucionalista, e pela verificação da possibilidade de utilização de novos instrumentos capazes de introduzir na prática tributária os valores constitucionais mais substantivos.

Nessa esteira, o fato é que o extenso rol de direitos e garantias fundamentais exerce um papel maior do que o de conferir direitos subjetivos puros. Tais direitos e garantias fundamentais conformam e condicionam a interpretação e aplicação dos institutos<sup>57</sup> de Direito Tributário, por meio da filtragem

56 TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria Del Estado y de los Contribuyentes*. Trad. Pedro M, Herrera Molina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2002.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”.

constitucional<sup>58</sup>. E mais: são capazes de unir tanto as diversas categorias de Direito público, como estreitar a distância entre o Direito Constitucional e Direito Tributário por um único fio condutor: a Constituição.

### 1.3. A Contribuição Teórica e Prática do Ministro Luís Roberto Barroso para a Constitucionalização do Direito Tributário

Penso em que pelo menos três julgamentos distintos o Ministro Luís Roberto Barroso aplicou essa nova forma de olhar e decidir uma questão tributária, utilizando-se de um padrão argumentativo não usual na Suprema Corte. Em todas essas oportunidades foi possível identificar notas claras da constitucionalização do Direito Tributário tal qual acima descrita. Quer seja pela preocupação de buscar auxílio na capacidade contributiva e a isonomia como normas de legitimação do Sistema Tributário e dos poderes do Fisco, quer seja pela preocupação em incluir o direito dos demais contribuintes no juízo decisório produzido.

Três características principais sobressaem dos votos do Ministro Barroso em matéria tributária: (i) a partir da premissa de que nos casos tributários o Supremo também está, em regra, no campo da hermenêutica constitucional, busca construir soluções a partir de raciocínios e ferramentas também disponíveis à interpretação constitucional em geral, desde que sejam compatíveis com o Direito Tributário; (ii) busca extrair normatividade reforçada da capacidade contributiva, do dever fundamental de pagar tributos e do mandamento de manutenção do equilíbrio concorrencial; (iii) introduz no processo decisório gramática típica do Direito dos contribuintes em contraposição, muitas vezes, ao direito individual de um contribuinte que, durante muito tempo, era o único reconhecido, aproximando-se de uma ideia mais ampla de justiça fiscal.

São exemplos dessa nova dogmática do Direito Tributário os votos proferidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos seguintes julgados: (i) no julgamento da ADI 5135, que tratou do protesto de CDA; (ii) no julgamento do RE 723651, que tratou da constitucionalidade, ou não, da regra de incidência do IPI no que diz respeito às importações realizadas por não contribuintes do imposto e; (iii) quando do julgamento das ADIs **2.390, 2.386, 2.397 e 2.859** e do RE 601.314, que discutiam a constitucionalidade

58 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*, 1999. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

da regras que admitem a obtenção de informações bancárias pelo Fisco diretamente das instituições financeiras, portanto, sem a necessidade de intermediação prévia do Poder Judiciário. No próximo capítulo, será feita uma análise mais detida de cada um desses casos.

## 2. APORTES JURISPRUDENCIAIS

### 2.1. ADI 5135: Protesto de CDA

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com o objetivo declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997<sup>59</sup>, incluído pela Lei nº 12.767/2012. O dispositivo em questão incluiu as Certidões de Dívida Ativa (CDAs) no rol de títulos passíveis de serem encaminhados para protesto. O pedido deu origem à ADI 5135, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Luís Roberto Barroso. Do ponto de vista material, o argumento central da requerente apontava que a inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto criou verdadeira hipótese de sanção política que, portanto, implicava uma restrição ilegítima aos direitos fundamentais do contribuinte, por coagir o devedor ao pagamento da dívida tributária, em contrariedade às Súmulas nº 70, 323 e 547<sup>60</sup>.

Em adição a isso, alegava também violação aos princípios: (i) *devido processo legal* (CF, art. 5º, XXXV), porque não haveria justificativa jurídica para o manejo do protesto pelo Fisco, visto que já dispõe de um sistema de proteção e privilégio na cobrança de seu crédito; (ii) *livre iniciativa e liberdade profissional* (CF, arts. 5º, XIII, 170, III e parágrafo único, e 174), porque o protesto provocaria restrições ao crédito comercial do devedor e, no limite, poderia inviabilizar o desempenho de sua atividade econômica e levá-lo

59 Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as Certidões de Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)''

60 O caso também trouxe uma discussão relevante sobre a constitucionalidade formal do dispositivo que expressamente autorizou o protesto de CDAs. A requerente sustentava que o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, violava o *devido processo legislativo* e a *separação de poderes*, uma vez que foi inserido por emenda na Medida Provisória nº 577/2012 que tratou de matéria relativa ao serviço público de energia elétrica. Contudo, essa questão já tinha sido enfrentada por esta Corte no julgamento da ADI 5.127 (Relator Min. Rosa Weber, Relator p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 15.10.2015). Na ocasião, a Corte entendeu que que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição. Entretanto, a Corte atribuiu eficácia *ex nunc* à decisão, preservando todas as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício promulgadas até a data do julgamento. Esse entendimento foi aplicado à Lei 12.767/2012, preservando a sua legitimidade formal.

à falência; e (iii) *proporcionalidade*, porque o protesto de CDAs constituiria meio inadequado para alcançar as finalidades do instituto, e desnecessário, uma vez que a execução fiscal seria meio de cobrança menos gravoso para o contribuinte.

Em verdade, a reunião dos três argumentos listados acima, de certo modo, conforma a ideia de sanção política como um modo ilegítimo de atuação estatal. Contudo, uma conclusão depende sempre de uma análise caso a caso para que se confirme, ou não, a inconstitucionalidade da medida. Não existe uma listagem prévia do que é ou não sanção política. Também não é correto se afirmar que todo e qualquer meio de cobrança que fuja do rito da Lei de Execuções Fiscais é ilegítimo por esse simples fato ou por ser indireto. Isso tem uma explicação lógica argumentativa, ligada ao fato de, em última análise, a questão dever ser sempre resolvida pela aplicação do teste de proporcionalidade, segundo uma análise do caso concreto. Mas também é possível explicar esse fato a partir da própria origem da ideia de sanção política, que surge a partir do julgamento de alguns casos perante o Supremo Tribunal Federal com o mesmo motivo condutor.

A noção de sanção política surge a partir de um entendimento antigo, construído pelo Supremo Tribunal Federal<sup>61</sup> que, primeiramente: (i) proibiu os entes de interditar estabelecimentos (verbete n° 70<sup>62</sup>); (ii) impediu a fiscalização de apreender mercadorias (verbete n° 323<sup>63</sup>); (iii) o tribunal também reprovou juridicamente medidas que impediam o contribuinte em débito de adquirir estampilhas, despachar mercadorias nas alfândegas e exercer atividades profissionais (verbete n° 574<sup>64</sup>). Esses três verbetes da Súmula do Supremo Tribunal Federal podem ser unidos por um mesmo fio condutor, que é a ilegitimidade de meios indiretos de cobrança violarem o devido processo legal, a livre iniciativa e a liberdade de exercício

61 Nesse sentido, entre vários: STF, RE 61367, Relator Min. Thompson Flores, Tribunal Pleno, j. em 09/05/1968; STF, RE 63043, Relator(a): Min. Amaral Santos, Relator p/ Acórdão Min. Thompson Flores, Tribunal Pleno, j. em 09/05/1968; STF, RE 76455, Relator Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, j. em 01/04/1975;

62 STF, Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (aprovada em Sessão Plenária de 13.12.1963).

63 STF, Súmula 323: inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (aprovada em Sessão Plenária de 13.12.1963)

64 STF, Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais (aprovada em Sessão Plenária de 03.12.1969)

profissional e, em última análise, o princípio da proporcionalidade<sup>65</sup>. Essa noção é igualmente abraçada pela doutrina tributária brasileira por autores como Aliomar Baleeiro<sup>66</sup>, Hugo de Brito Machado<sup>67</sup>, Ricardo Lobo Torres<sup>68</sup> e Luís Eduardo Schoueri<sup>69</sup>, entre outros<sup>70</sup>.

A partir dessa construção, a Corte já julgou inconstitucional, por se tratar de sanção política: (i) a proibição da impressão de notas fiscais em bloco por contribuinte inadimplente, obrigando-o à expedição de nota fiscal avulsa, negócio a negócio<sup>71</sup>; (ii) o recolhimento de tributo condicionar a expedição de notas fiscais a fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte<sup>72</sup>; (iii) o condicionamento da prática de atos da vida civil e empresarial<sup>73</sup>; (iv) a subordinação do pagamento de precatórios à comprovação da ausência de débitos inscritos em dívida ativa<sup>74</sup>; e (v) o condicionamento do deferimento de inscrição em cadastro de produtor rural à regularização de débitos fiscais<sup>75</sup>.

65 Nesse sentido, é precisa a definição trazida pelo Ministro Celso de Mello para as sanções políticas, que na visão dele são as “restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita” (RE 374.981, Relator Min. Celso de Mello)

66 Nesse sentido, v. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 985-987, para quem: “Medidas classicamente conhecidas podem diretamente impedir o exercício de uma atividade profissional, como apreensão de mercadorias; proibição de aquisição de estampilhas e talonários; vedação de despacho de mercadorias nas alfândegas. Mas além dessas, um número sem fim de outras, tanto no âmbito federal, como estadual ou municipal, ainda podem constranger o contribuinte a pagamento de tributo indevido, como a adoção de regime especial de tributação (estimativa, com base em valores acima do preço de mercado, diferimento e seu cancelamento, substituição tributária e seu cancelamento) por simples ato administrativo, mantido ou revogado sem ampla defesa e razoável fundamentação; exigência de garantia de instância para recorrer na esfera administrativa; vedação de discussão de certas questões, em processo administrativo, especialmente de direito (como o confronto da perfeita adequação do ato de cobrança à lei, do regulamento à lei e da lei às normas de hierarquia superior), com o que se limita o contraditório e a ampla defesa; inscrição em Dívida Ativa sem direito de impugnação por parte do sujeito passivo, nos chamados créditos “não contenciosos”; atos administrativos de constrangimento que comprometem financeira e comercialmente a vida profissional do contribuinte, como o pedido de falência, o protesto da certidão de Dívida Ativa ou a ameaça de fazê-lo”

67 MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 30, pp. 46-49.

68 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998, 5ª ed., p. 284

69 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário* – 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 367-369.

70 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

71 STF, RE 413.782, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 17/03/2005

72 STF, RE 565.048 RG, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 29/05/2014, recurso extraordinário com repercussão geral.

73 STF, ADI 173, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 25/09/2008.

74 STF, ADI 3453, Relator Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 30/11/2006.

75 STF, ARE 914045 RG, Relator Min. Edson Fachin, j. em 15/10/2015, acórdão eletrônico repercussão geral.

Por outro lado, já considerou constitucional a cassação do registro especial de companhia do ramo de cigarros por conta do não pagamento de tributos<sup>76</sup>. De igual modo, já assentou a Corte Suprema que a mera criação de um regime especial de fiscalização não importa em ofensa ao devido processo legal<sup>77</sup>. Em resumo, a Corte considera que a orientação firmada em sua jurisprudência não pode servir de desculpa para o deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária.<sup>78</sup> Dessa forma, segundo o Supremo Tribunal Federal, é correto afirmar que não se consideram sanções políticas as restrições à prática de atividade econômica que objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática, e consciente, sua maior vantagem concorrencial, já que a inconstitucionalidade decorre apenas da restrição desproporcional e irrazoável ao exercício de atividade econômica<sup>79</sup>.

Partindo do mais absoluto respeito à jurisprudência tradicional da Corte sobre o tema, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI nº 5135 elevou a outro patamar a análise de um caso em que se discute um meio indireto de cobrança tributária. Isso fica absolutamente claro por três aspectos principais, que serão a seguir mais bem explorados: (i) o emprego da gramática própria dos Direitos fundamentais e do Direito Constitucional para analisar a hipóteses de restrição a direitos apresentada; (ii) a introdução do discurso da justiça fiscal e da defesa da concorrência como interesses a serem considerados durante o juízo de proporcionalidade; (iii) determinação de cautelas procedimentais de modo a diminuir o impacto da restrição autorizada e privilegiar a impessoalidade.

O *primeiro* aspecto a ser ressaltado é a assunção pelo voto de uma premissa que considero fundamental para o processo de constitucionalização do Direito Tributário: a análise das hipóteses de restrição a direitos fundamentais dos contribuintes devem se submeter à mesma dinâmica dos demais casos que tratam de direitos fundamentais em geral. Parece

76 Nesse sentido, v. STF, RE 550769, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 22/05/2013. Ainda quanto a esse ponto, deve-se esclarecer que tramita ainda uma Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando o Decreto-Lei de 1977 (ADI 3.952). Ela começou a ser julgada em 2010 na corte, quando o ministro Joaquim Barbosa, agora aposentado, apresentou seu voto. O julgamento está parado desde então após pedido de vista da ministra Cármen Lúcia, hoje presidente da corte. Joaquim Barbosa votou pelo provimento parcial da ADI, estabelecendo condições para que a cassação do registro das empresas aconteça: relevância do valor da dívida e verificação do devido processo legal.

77 STF, RE 474241 AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 15.08.2006.

78 STF, ADI 173, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 25.09.2008.

79 STF, ADI 173, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 25.09.2008.

uma afirmação singela, mas não é. Não é incomum em matéria de Direito Tributário se afirmar que direitos fundamentais dos contribuintes, embora apresentados na forma de princípios, são insusceptíveis de restrição. Algumas afirmações que no campo do Direito Constitucional são corriqueiras, mas no Direito Tributário ainda causam impacto e, por isso, precisam ser ditas com todas as letras.

Foi exatamente isso que vez o voto do Ministro Luís Roberto Barroso ao, antes de iniciar a discussão sobre a constitucionalidade da medida, dividir em duas etapas a sua argumentação. Na primeira, considerou fundamental *“aferir o nível de restrição dos direitos fundamentais supostamente afetados pelo dispositivo legal impugnado, quais sejam o devido processo legal, a livre iniciativa e o livre exercício profissional, verificando-se, ainda, se a medida atinge o núcleo essencial de referidos direitos”*<sup>80</sup>. Já na segunda etapa, concluiu que se devia aplicar o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões, para fins de examinar: *“(i) se referidas restrições são adequadas aos fins perseguidos com a medida (adequação), (ii) se há meio alternativo menos gravoso e igualmente idôneo à produção do resultado (necessidade/vedação do excesso), e (iii) se os seus benefícios superam os seus ônus (proporcionalidade em sentido estrito).”*<sup>81</sup>

Mais do que uma simples questão de rigorismo teórico, ascendência normativa ou modismo, essa aproximação entre Direito Tributário e Direito Constitucional está diretamente relacionada com a noção mais basilar de Constituição. A raiz da relação umbilical entre Direito Constitucional e Direito Tributário passa pela noção mais básica de Constituição, como um conjunto de normas jurídicas fundamentais que definem os principais órgãos de um Estado, seus limites e forma de atuação, sua composição e, principalmente, determina o marco jurídico sob o qual irá se desenvolver a relação entre indivíduo e Estado<sup>82</sup>. A aproximação teórica entre os dois campos traz benefícios claros para o Direito Tributário, que pode entronizar ferramentas mais adequadas e eficazes para resolver, pelas lentes do Direito Constitucional, as complexas disputas judiciais tributárias. Por outro lado, a complexidade, o volume e os múltiplos interesses em jogo nas

80 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

81 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

82 SOLER, Osvaldo Héctor. *Tratado de Derecho Tributario: economico, constitucional, sustancial, administrativo e penal.* – 4ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2011, pp. 149-151.

disputas tributárias também têm ajudado a criar um ambiente altamente criativo para o Supremo Tribunal Federal forjar e testar ferramentas novas de controle de constitucionalidade, muitas vezes, tendo um caso tributário como pano de fundo<sup>83</sup>.

O *segundo* aspecto do voto que deve ser realçado é a introdução forte do discurso da justiça fiscal e da defesa da concorrência como interesses a serem considerados durante o juízo de proporcionalidade. Aqui, como já dito, a constitucionalização se apresenta com a ampliação do rol de princípios e valores a serem considerado no processo de decisão, demonstrando que não apenas o direito de um contribuinte individualmente tomado deve ser levado em conta. Ao percorrer o teste do subprincípio da adequação da medida de protesto de CDA e, por conseguinte, a sua aptidão para produzir os efeitos desejados, o Ministro destacou que a medida “*serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, contribuindo para estimular a adimplência, incrementar a arrecadação e promover a justiça fiscal, impedindo que devedores contumazes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos.*”<sup>84</sup>

Na sequência, o voto retorna a essa temática para elencar os princípios da eficiência e economicidade como objetivos a serem realizados e, portanto, levados também em consideração no processo decisório, registrando que “*em relação aos benefícios decorrentes da medida em questão, é possível apontar (i) a realização dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na recuperação dos créditos tributários (arts. 37 e 70, CF)*”. Logo após, desmitifica a percepção de que ineficiência estatal na arrecadação de suas dívidas é algo aceitável e sem maiores consequências, que parece dominante em alguns setores da sociedade. Dessa forma, revela a importância da cobrança eficiente para o funcionamento geral do Estado, asseverando “*a cobrança eficiente dos créditos estatais não atende apenas o interesse secundário do Estado, mas também interesses de toda a coletividade. Isso porque permite uma maior arrecadação de valores que custearão os serviços que irão beneficiar a todos, e evita o desperdício de tempo, recursos humanos e financeiros públicos com meios de cobrança com remotas chances de êxito.*”<sup>85</sup>

83 BARROSO, Luís Roberto; BARBOSA, Marcus Vinícius Cardoso. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro. *Universitas Ius*, v. 27, p. 1-20, 2016.

84 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

85 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

No campo da livre concorrência, o voto destaca a necessidade de os tributos serem cobrados de forma linear de todos que se encontram na mesma situação, de modo a não permitir que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da inadimplência e/ou da sonegação de tributos (art. 170, IV, CRFB/88). Para maior parte das operações empresariais, os tributos são o principal custo, seja diretamente, pelo pagamento das exações, seja indiretamente, pelas despesas com o *compliance* tributário. Dessa forma, também a fuga ilegítima do pagamento de tributos pela reiterada escusa se torna um problema jurídico sob o ponto de vista concorrencial, potencialmente maior quanto maior for o nível de ineficiência do sistema de cobrança. Nesse contexto, o voto acertadamente afirma que “o protesto de CDAs auxilia no combate à inadimplência, viabilizando a promoção da justiça fiscal e impedindo que a sonegação fiscal confira aos maus pagadores uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem seus deveres tributários.”<sup>86</sup>

Por último, ainda nesse ponto, o voto corretamente aborda os efeitos positivos a serem colhidos pelos jurisdicionados, em geral, com alguma dose de desjudicialização da cobrança dos créditos públicos, destacando que isso se trata de um objetivo constitucional extraído diretamente do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Isso porque, na palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “ao permitir a cobrança extrajudicial dos débitos, a medida tem o condão de promover a diminuição de execuções fiscais ajuizadas e, assim, aliviar a sobrecarga de processos do Poder Judiciário, favorecendo a melhoria da qualidade e da efetividade da prestação jurisdicional.”<sup>87</sup>

O terceiro aspecto do voto que gostaria de destacar foi a preocupação do Ministro com o possível abuso e mau uso do instituto. Assim, os princípios que, na parte central do voto, acabaram por conduzir a uma decisão no sentido da constitucionalidade do protesto, cedem espaço para aplicação direta de outros princípios, outra marca registrada do processo de constitucionalização, para criar alguns deveres procedimentais para os entes públicos que venham a se utilizar do protesto de CDA. Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso traz como cautela a ser seguida para a utilização do protesto de CDA a necessária conformidade com os princípios

86 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

87 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

da impessoalidade e da isonomia. Para tanto, destaca que *“é recomendável a edição de regulamentação, por ato infralegal e com a maior brevidade possível, que explicita os parâmetros utilizados para a distinção que será feita entre os administrados e as diversas situações de fato existentes”*<sup>88</sup>. E avança nesse ponto para predefinir, com base na aplicação direta de princípios, o conteúdo mínimo que tais regulamentos devem ter para que possam legitimar o instituto do protesto de CDA sob a perspectiva procedimental, a saber: *“(i) estabelecer previamente parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição, que permitam a identificação dos créditos que serão protestados; (ii) conferir a esses critérios a transparência inerente a toda atividade administrativa; e (iii) balizar o controle jurisdicional sobre a correta utilização dos standards previamente definidos.”*<sup>89</sup>

## 2.2. RE 723651: IPI na Importação por Não Contribuinte

Na origem, o caso tratava de um recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu a incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na operação de importação de veículo automotor, mesmo que a operação tivesse sido realizada pelo destinatário final. O relator do caso no Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio, acompanhou o entendimento lançado no acórdão recorrido. Em um primeiro momento, o Ministro Luís Roberto Barroso, impressionado com o a densidade do voto do relator, mas, por outro lado, ciente de que, caso esse entendimento fosse confirmado, o Tribunal iria romper com a sua jurisprudência tradicional sobre o tema, optou por pedir vista para analisar o tema com mais calma<sup>90</sup>.

Em seu voto vista, o ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o relator, trazendo um voto denso e que merece destaque especial pelas

88 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

89 STF, ADI 5135, trecho extraído do voto proferido pelo Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.11.2016.

90 A verdade é que, como bem destacou o Ministro Barroso em seu voto-vista, a importação de carros por pessoas físicas é apenas uma pequena parte da controvérsia tributária que se encontrava posta naquele julgamento. A decisão produzida para esse caso toca aspectos ligados à política industrial e ao comércio exterior, além de todas as implicações que uma mudança do cenário jurisprudencial acarreta, o que justificou o pedido de vista do Ministro Barroso. Ademais, o impacto da decisão tomada, ainda que o Supremo tenha se negado a estender expressamente a *ratio decidendi* para outras hipóteses para além da importação de veículos por pessoas físicas, necessariamente causa reflexos em todas as importações feitas por quem não seja contribuinte do IPI. Isso tem um potencial de impactar de forma importante empresas do setor médico, em especial, empresas que dependem da importação de equipamentos que não são fabricados no Brasil e que prestam um relevante serviço em termos de medicina, preventiva, diagnóstica

ferramentas argumentativas utilizadas para tratar do caso. O voto foi dividido em 2 partes. Na primeira delas, divida em quatro itens, trouxe os contornos da materialidade constitucional do IPI, inclusive com recursos à história do tributo nas Constituições anteriores. Em seguida, analisou o principal precedente da Corte sobre o ICMS na importação por pessoa física, promovendo uma discussão sobre a sua relação com o caso. Prosseguindo, propôs uma revisão da forma como o Tribunal vinha interpretando a regra da não cumulatividade do IPI na importação. E, por fim, teceu considerações sobre outros princípios constitucionais que desempenham um papel relevante para a solução do referido caso. Na segunda parte do voto, dividida em três tópicos, cuidou das questões relativas aos efeitos da decisão que propunha.

Para o objetivo do presente trabalho, que é demonstrar a contribuição valiosa que o Ministro Luís Roberto Barroso vem dando para a constitucionalização substantiva do Direito Tributário, três pontos do voto-vista devem ser especialmente realçados: (i) a aproximação entre Direito Tributário e Direito Constitucional do ponto de vista metodológico e interpretativo; (ii) o reconhecimento da existência de direitos dos contribuintes e não apenas do contribuinte que disputa um caso individualmente; e (iii) preocupação com a segurança jurídica nos casos em que a Corte resolve alterar sua própria jurisprudência.

O *primeiro* aspecto a ser destacado, mais uma vez, é a preocupação de aplicar, mesmo em se tratando de Direito Constitucional Tributário, as noções e os conceitos advindos da Teoria Constitucional para a solução de um caso tributário. Embora isso pareça um truísmo, quando se afirma que uma determinada noção tributária estampada é na verdade um princípio constitucional, é preciso que isso se reflita no texto constitucional e respeite, essencialmente, as discussões sobre o tema na Teoria Constitucional. O só fato de uma determinada noção ser considerada como fundamental para toda a doutrina tributária, e, assim, por ela classificada como princípio previsto na Constituição, não basta para que ela seja considerada de fato um princípio constitucional e, a partir disso, se possa retirar todos efeitos jurídicos correlatos. É primordial não perder de vista que, no exercício da jurisdição constitucional, não importa se o Supremo está interpretando trechos da Constituição Tributária, Previdenciária, Econômica, Trabalhista, etc; deve-se utilizar das mesmas ferramentas interpretativas, porque de

jurisdição constitucional se trata. Vale dizer que, nessas hipóteses, a Corte estará lançando mão de ferramentas de interpretação constitucional para aplicar regras, princípios e valores presentes que devem ser coerentes e manter a unidade da Constituição, independentemente do ramo do Direito que sirva de pano de fundo.

O próprio exemplo do princípio da não cumulatividade, tal qual é chamado pela maioria da doutrina especializada em Direito Tributário, é bastante ilustrativo e ajuda a esclarecer esse ponto. Nas palavras do próprio Ministro Luís Roberto Barroso: “*não me parece correto falar em “princípio” da não cumulatividade. Até porque não há no art. 153, §3º, II, da CF um conteúdo axiológico próprio, uma dimensão de peso ou um estado de coisas a ser promovido.*”<sup>91</sup> Ele prossegue para dizer que “*ao contrário, a não cumulatividade é uma regra que constitucionaliza uma técnica específica de tributação.*”<sup>92</sup> E arremata dizendo que “*como decorrência da sua estrutura própria de regra, a não cumulatividade tem a pretensão de definir de forma exclusiva e abarcante apenas a questão tratada, e nada mais. É dizer, para as hipóteses de incidência em cadeia, garantir a compensação do imposto pago nas operações anteriores, somente isso.*”<sup>93</sup>

Os trechos citados no parágrafo anterior, mais do que demonstrar o costumeiro apego à melhor técnica, marca da carreira profissional e acadêmica do professor Luís Roberto Barroso, servem para deixar claro que, prioritariamente, é o Direito Constitucional que molda os demais ramos do Direito e não o contrário. Vale dizer, por mais especificidades que possa ter o Direito Tributário, por mais que tenha recebido especial atenção por parte do Constituinte e ocupe espaço privilegiado no Texto Constitucional, a dogmática constitucional deve ter prevalência. Essa afirmação singela – e até certo ponto óbvia – precisa ser destacada em razão de uma tendência que o Direito Tributário tem de se encapsular, do ponto de vista teórico.

É claro que a hermenêutica constitucional deverá respeitar, além das características da hipótese concreta, os aportes teóricos próprios de cada campo do Direito. E mais: deverá se adequar ao objeto regulado, que pode mudar de um ramo para o outro. Todavia, em razão da centralidade

91 Trecho do voto-vista proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

92 Trecho do voto-vista proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

93 Trecho do voto-vista proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

normativa exercida pela Constituição, tão bem destacada pelo movimento de constitucionalização do Direito, e da unidade inerente aos sistemas constitucionais, a interpretação constitucional dos diversos ramos do Direito deve seguir pilares hermenêuticos comuns. O fio condutor e norte desse processo será sempre o Direito Constitucional.

Para o desfecho do caso analisado, essa diferenciação foi fundamental, porque, no âmbito tributário, a menção ao princípio da não cumulatividade era feita para alçá-lo a um patamar de jusfundamentalidade quase absoluto e, portanto, praticamente sem espaço para ser conformado pelo legislador infraconstitucional. De fato, por vezes há um uso no campo tributário bastante peculiar da noção de princípio, que parece desconsiderar o debate teórico sobre a diferenciação entre princípios e regras. Busca-se afirmar a não cumulatividade como um princípio constitucional e, ao mesmo tempo, desconsiderar por completo a possibilidade de ele ter que ceder quando confrontado com algum outro interesse pela via da interpretação ou mesmo de poder ser legitimamente restringido por lei.

Quanto a esse ponto, é precisa a conclusão do Ministro Luís Roberto Barroso sobre a noção de não cumulatividade lançada no voto, destacando que ela consagra técnica de tributação inserida na Constituição e que ela é destinada aos tributos que incidem em cadeia. Todavia, como destacado, não se trata de um princípio, seja sob um ponto vista metodológico seja sob o ponto de vista axiológico. Dessa forma, a não cumulatividade é apenas uma regra constitucional que objetiva, *“para as hipóteses de incidência em cadeia, garantir a compensação do imposto pago nas operações anteriores, somente isso. Portanto, sua aplicação pressupõe a existência de uma incidência plurifásica, sem o que não estará presente o pressuposto material que lhe autoriza a produção de efeitos.”*<sup>94</sup> Resolvendo o caso concreto que tratava de operação plurifásica, arremata que, *“ausente essa premissa, não considero legítimo limitar o espaço de conformação do legislador infraconstitucional com base na não cumulatividade, mesmo porque o efeito indesejado que a regra constitucional pretendeu evitar não se apresenta.”*<sup>95</sup>

O segundo aspecto a ser destacado é a utilização de princípios constitucionais extraídos da própria Constituição Tributária e também da

94 Trecho do voto-*vista* proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

95 Trecho do voto-*vista* proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

Constituição Econômica para servirem de móveis interpretativos no processo de construção da regra de competência do Imposto sobre Produtos Industrializados. Nas próprias palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, o recurso a tais postulados se dá como forma de revelar a *interpretação constitucionalmente adequada* do art. 153, IV, da CRFB/88. Para a análise do caso foram considerados os princípios da isonomia, previsto no art. 150, II, da CRFB/88 e a defesa da livre concorrência, estampada no art. 170, IV, da CRFB/88.

No que diz com o princípio da isonomia tributária, o Ministro Luís Roberto Barroso fez questão de dar enfoque ao papel que ela deve desempenhar na interpretação das normas tributárias em geral. A justiça tributária é um valor fundamental do Sistema Tributário Nacional e dela se extrai a necessidade de tratar todos os contribuintes com igual consideração e respeito, cobrando de cada um a parcela justa do que lhe cabe pelo custeio da vida em sociedade<sup>96</sup>. Por conseguinte, a isonomia tributária é um corolário da justiça tributária e, sob o ponto de vista hermenêutico, tem como ideal afastar um resultado interpretativo que seja contrário ao ideal de igualdade material. É dizer, a norma que resulta do processo de interpretação constitucional não deve tratar de forma distinta pessoas em situação semelhante e de forma igual pessoas em condições díspares.

Não há maiores digressões sobre essa forma de dar aplicação a um princípio constitucional nas mais diversas áreas do Direito. Entretanto, no campo tributário, durante muito tempo mesmo essa eficácia interpretativa do princípio da isonomia foi demonizada por, supostamente, ser um resquício da interpretação econômica no Direito Tributário, potencialmente geradora de tributação onde sequer há efetiva manifestação e riqueza<sup>97</sup>. O Ministro Luís Roberto Barroso, de maneira corajosa e acertada, supera esse quase dogma do Direito Tributário em seu voto-vista, ao assentar que *“não se trata aqui de nenhuma proposta de tributação direta com base na igualdade, mas, apenas, do reconhecimento do papel interpretativo que esse princípio desempenha no delineamento do Sistema Tributário Nacional.”*<sup>98</sup>

96 NOVOA, César García. El Concepto de Tributo. Lima: Tax Editor, 2009, pp. 112-114.

97 NOVOA, César García. El Concepto de Tributo. Lima: Tax Editor, 2009, pp. 110-113.

98 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016

Como resultado, ao introduzir a necessidade de definir a adequada extensão da regra de competência do IPI, assinala que “*entendo que a aplicação do princípio da igualdade é fundamental e deve conduzir a um resultado que privilegie o estado de coisas que o postulado busca atingir, qual seja o de igualdade entre contribuintes e alienantes que se encontrem em situação equivalente, e não o contrário.*”<sup>99</sup> Avança para dizer que se deve buscar um resultado interpretativo quanto à regra de competência que “*autorize a tributação de ambos na medida da capacidade econômica exteriorizada em operações semelhantes, o que somente ocorre considerando ser possível a incidência também nas importações efetuadas por pessoas físicas e não contribuintes.*”<sup>100</sup>

Ao tratar do caráter extrafiscal do IPI-importação e sua relação com a livre concorrência, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou em seu voto-vista com clareza e acerto que “*Nesse modelo de tributação do comércio exterior, baseado na tributação de mercadorias e produtos sempre no país de destino, a incidência do IPI objetiva equalizar as aquisições feitas no mercado interno e as operações de importação.*”<sup>101</sup> Isso é verdade porque, em matéria de comércio exterior, os principais países do mundo adotam a lógica de não exportar tributos e, assim, concentram toda a tributação na entrada de mercadorias estrangeiras em seu território. Assim também acontece no caso brasileiro, em que o IPI, juntamente com os demais tributos sobre consumo, formam a cesta de tributos que incidem sobre a importação de produtos, com a função de equalizar o valor das compras efetuadas internamente com aquelas efetuadas fora do país<sup>102</sup>. Perder a possibilidade de exercer esse tipo de tributação regulatória sobre o comércio exterior desequilibra a concorrência entre os mercados interno e externo e acaba por atingir outros contribuintes e atores que não aqueles ligados mais diretamente à relação jurídico-tributária do IPI-importação.

Em última análise, o modelo de argumentação utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso nesse ponto se afina plenamente a uma

99 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

100 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

101 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

102 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. IV – Os tributos na Constituição*. Renovar, 2007, p. 268

das características principais do processo de constitucionalização do Direito: a normatividade e o papel mais ativo dos princípios jurídicos. No caso do Direito Tributário, tal fato é ainda mais valioso porque, de certa forma, promove a reconciliação entre esse ramo do Direito e a isonomia tributária. Além disso, confere destaque aos efeitos jurídicos da interpretação em relação a terceiros, estranhos à relação tributária, mas pertencentes àquele específico ambiente regulado que é afetado sob o ponto de vista concorrencial por uma decisão judicial que importou em oneração ou desoneração em relação a determinado tributo.

O Direito Tributário brasileiro foi forjado sob a lógica do direito individual de um contribuinte que deveria ser garantido contra tudo e todos e na mais larga medida. Muito porque a dogmática tributária ainda hoje é fruto direto ou sofre fortíssima influência da produção acadêmica de autores que se formaram juridicamente durante o período da ditadura militar, em que o Estado era tido como um inimigo e a tributação como uma agressão à propriedade privada. São exemplos os professores Rubens Gomes de Souza, Sampaio Dória, Ives Gandra da Silva Martins e Geraldo Ataliba, autores que tiveram profundo impacto sobre a forma como se enxerga o Direito Tributário no Brasil.

Porém, o mundo mudou; e mudou rápido. A justificação dos diversos sistemas tributários pelo mundo não se dá mais segundo uma lógica individual de direito de um contribuinte, mas considera o direito dos contribuintes como um todo. A tributação deixa de ser encarada como uma mera agressão à propriedade e passa a ser entendida como decorrência lógica de um projeto coletivo de criação e manutenção de um Estado Social e Democrático de Direito<sup>103</sup>. Ademais, prevalece a noção de que direitos têm custos e que mesmo os direitos fundamentais de primeira geração não existem fora do Estado e dele dependem para serem fruídos integralmente<sup>104</sup>. Em termos mais simples, percebe-se que, em matéria de tributação, o jogo é de soma zero, o que, por razões de justiça, impõe a repartição justa dos ônus, bônus e riscos sociais entre a totalidade membros de uma sociedade, na medida da sua capacidade econômica.

103 MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. O mito da propriedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

104 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, NY: W.W. Norton, 1999.

Esse fato foi bem captado pela lente do Ministro Luís Roberto Barroso ao se valer dos dois mencionados princípios, concluindo que “*a legitimidade da incidência do IPI nas importações realizadas por não contribuintes é a interpretação constitucionalmente adequada da materialidade do imposto prevista na Constituição, em razão da eficácia interpretativa dos princípios da igualdade tributária (art. 150, II da CF) e da livre concorrência (art. 170, IV).*”<sup>105</sup> Para justificar sua conclusão, o Ministro complementa, afirmando que utilizar eficácia interpretativa dos princípios para decidir entre duas ou mais possibilidades interpretativas em disputa não significa atribuir eficácia direta e simétrica a eles. Nesse sentido, destaca que “*não equivale dizer que a incidência decorra tão somente da aplicação de princípios*”, mas apenas que “*a interpretação que melhor realiza o estado de coisas almejado pela igualdade tributária e pela livre concorrência é aquela que autoriza a cobrança do IPI na espécie e conserva espaço para o Executivo e o Legislativo deliberarem sobre a incidência ou não nesses casos.*”<sup>106</sup>

O terceiro aspecto do voto que merece destaque está diretamente relacionado a um dos mais caros princípios da ordem tributária: a segurança jurídica. Mais precisamente, destaca-se a questão da modulação dos efeitos da decisão que foi proposta em seu voto, porém rechaçada pelo Plenário. De todo modo, ainda que a voto do Ministro nesse ponto não tenha tido o poder formar maioria em torno do seu entendimento, penso que merece destaque aqui. Não só pelo acerto da sua conclusão, mas também porque recentemente o Ministro Luís Roberto Barroso conduziu a maioria em outra votação relevante no campo tributário e que acarretou na reversão de uma jurisprudência histórica<sup>107</sup> do Tribunal sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de benefícios fiscais de ICMS sem prévio convênio<sup>108</sup>.

105 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

106 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

107 O STF já consolidou jurisprudência firme no sentido da inconstitucionalidade dos benefícios fiscais concedidos em desrespeito ao art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal e, por conseguinte, ao que determina LC nº 24/75. Ou seja: aqueles instituídos sem prévia aprovação por convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Nesse sentido, entre vários julgados sobre esse assunto, vide os acórdãos prolatados nas ações diretas de inconstitucionalidade de nº 2906, 2376, 3674, 3413, 4457, todas de relatoria do Min. Marco Aurélio e julgadas na mesma sessão plenária de 01.06.2011.

108 Consolidando a mudança de entendimento promovida a partir do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 4481, julgada em março de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em março de 2017, julgou as ADI’s 3796 (Relator Min. Gilmar Mendes) e 2663 (Relator Min. Gilmar Mendes) procedentes, mas com modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade dos atos normativos que instituíam benefícios

Firmado o entendimento pela possibilidade de incidência do IPI nas operações de importação efetuadas por não contribuintes, era preciso fixar a partir de quando esse novo entendimento passaria a valer. A proposta trazida no voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso lembrava que havia até aquele momento pelo menos oito decisões colegiadas das duas Turmas deste Tribunal em sentido contrário ao que se estava decidindo naquele momento, todas já transitadas em julgado<sup>109</sup>. Aliás, como bem lembrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, essa interpretação influenciou diretamente o Superior Tribunal de Justiça a adotar a tese, em sede de recurso repetitivo, com expressa menção aos precedentes do Supremo<sup>110</sup>. Em razão disso, e respeitando a sua posição histórica sobre o tema<sup>111</sup>, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs que o Tribunal modulasse os efeitos da decisão de modo que a nova posição do Supremo apenas pudesse produzir efeitos para os fatos geradores ocorridos posteriormente ao julgamento<sup>112</sup>. Justificou seu entendimento na dimensão subjetiva da segurança jurídica representada pelo princípio da proteção da confiança legítima<sup>113</sup>, para concluir que se deve “*resguardar as expectativas daqueles que confiaram e, portanto, pautaram as suas vidas e os seus negócios segundo os parâmetros previamente estabelecidos pelas decisões do Supremo*”<sup>114</sup>. Também destacou que tem defendido que “*a mudança da jurisprudência da Corte equivale verdadeiramente à criação de direito novo e, por tal razão, não pode operar efeitos retroativos*”<sup>115</sup>.

---

fiscais de ICMS concedidos sem convênio e atacados nas mencionadas ADIs, porém conferiu à decisão efeitos *ex nunc*, a partir da publicação da ata de julgamento.

109 Nesse sentido: STF, RE 255682 AgR, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 29/05/2005; STF, RE 412045 AgR, Relator Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. em 29/06/2006; STF, RE 501773 AgR, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 24/06/2008; STF, RE 255090 AgR, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. 24/08/2010; STF, RE 550170 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 07/06/2011; STF, RE 615595 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 13/04/2011; STF, RE 643525 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 26/02/2013; STF, RE 627844 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 16/10/2012 110 STJ, REsp 1396488/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, j. em 25/02/2015.

111 BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. Parecer RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 261.

112 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

113 BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. Parecer RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 261

114 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

115 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

A postura do Ministro Luís Roberto Barroso nesse caso, ainda que não tenha sido vencedora, merece aplausos. O princípio da proteção da confiança serve exatamente para garantir ao particular que sua expectativa seja levada em consideração em uma prévia ponderação com a eventual necessidade de uma correção de rumo por parte do Poder Judiciário<sup>116</sup>. Nas escorregitas palavras lançadas no voto, ele afirma que *“a partir do momento que existe uma expectativa digna de proteção, tal fato deve ser levado em conta previamente pelo Estado, antes de incorrer em qualquer ato com potencial de piorar a situação jurídica de um particular com efeitos retroativos.”*<sup>117</sup> O Supremo Tribunal Federal teve nas suas mãos uma oportunidade única e clara de privilegiar a segurança jurídica, protegendo os contribuinte contra uma virada jurisprudencial brusca. Mais: poderia tê-lo feito a partir de um voto bem construído e fundamentado quanto à necessidade de modulação. Infelizmente, o Tribunal perdeu essa oportunidade ao recuar, abrindo espaço para os que criticam o excesso de modulações, privilegiando, a União Federal e a Fazenda Pública, em geral<sup>118</sup>.

### 2.3. ADIs 2390, 2386, 2397 e 2856, RE 601314: Sigilo Bancário e Administração Tributária

Nos dias 17, 18 e 24 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal promoveu o julgamento conjunto das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 e da repercussão geral 601.314 que, em comum, tratavam da constitucionalidade das normas que instituíram e regulamentaram o acesso direto e a posterior utilização de dados bancários pela Administração Tributária, portanto, sem a prévia autorização do Poder Judiciário<sup>119</sup>. Mais especificamente, e em julgamento conjunto, se decidiu a partir desses processos: (i) a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001<sup>120</sup>,

116 ARAÚJO, Valter Schuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pp.62-63.

117 Trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 723.651, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.02.2016.

118 Nesse sentido v. ANDRADE, Fabio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O argumento pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

119 Nas ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 era questionado: (i) constitucionalidade da expressão “do inquérito ou” contida no art. 1º, §4º, da Lei Complementar nº 105/2001; (ii) constitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001; e (iii) constitucionalidade das regras antissigilo bancário (arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e demais dispositivos da legislação que os regulamentou). No RE 601.314, com repercussão geral, discutia-se apenas a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/01.

120 Lei Complementar nº 105/01: Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito

em vista do dever de sigilo bancário; (ii) a legitimidade da utilização das tais informações obtidas diretamente juntos às instituições financeiras para a constituição de créditos relativos a outras contribuições ou impostos que não a CPMF.

Em conclusão desse julgamento, a Corte considerou constitucionalmente legítimo o acesso direto por parte das autoridades fiscais a informações financeiras relativas aos contribuintes, em posse das instituições financeiras e, por consequência, também permitiu a utilização dessas informações para o lançamento de tributos oriundos de omissão de receita. Portanto, foi afastada a tese central dos contribuintes no sentido de que seria necessária prévia autorização judicial para obter tais informações. O Ministro Luís Roberto Barroso não era relator desse caso; o relator das ADIs era o Ministro Dias Toffoli e o do recurso extraordinário com repercussão geral era o Ministro Edison Fachin. Contudo, o Ministro Barroso teve uma participação ativa nas discussões, ajudou na construção de um conjunto de cautelas que constaram do voto do Ministro Relator e que devem ser seguidas pela Administração Tributária na obtenção e manejo de tais dados. Para além disso, mesmo sendo o relator do caso, produziu um voto primoroso, moderno e absolutamente técnico sobre o tema.

Considero que dois pontos principais desse voto devem ser destacados: (i) a adoção da noção do dever de pagar tributos como um móvel interpretativo de primeira ordem; (ii) a introdução no corpo do voto de um modelo de argumentação pragmatista, um consequencialismo sincero e explícito, que se apresentou para o debate público<sup>121</sup>. Na sequência, esses dois aspectos serão melhor abordados.

O primeiro aspecto é a adoção da ideia de que pagar tributos é um dever fundamental e, assim, a interpretação das regras e princípios que regem a cobrança tributária não podem se afastar desse norte. Não há

---

Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

121 Com o bem destaca Claudio Pereira de Souza Neto, a prática do Supremo Tribunal Federal tem sido o uso do que ele chamou de *criptoconsequencialismo*, situação em que a Corte recorre a “inferências formais e normativas, mesmo quando se evidencie que, subjacente à decisão, há uma nítida ponderação das consequências”. Cf. V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685*. Interesse Público, Porto Alegre, v. 37, 2006.

um direito subjetivo a fugir da incidência tributária, como alguns podem pensar<sup>122</sup>. Essa confusão ocorre porque é comum as pessoas já não se recordarem de que as principais formulações sobre o contrato social foram concebidas como um acordo entre pessoas e não entre essas e o Estado, o que é um desvio de percepção bastante comum<sup>123</sup>. O Estado é um projeto coletivo, financiado pela contribuição de toda a Sociedade, e, portanto, o pagamento de tributos é um dever fundamental estabelecido constitucionalmente<sup>124</sup>. Essa noção decorre diretamente da feição Fiscal<sup>125</sup> assumida pelo Estado contemporâneo<sup>126</sup> e é a contrapartida ao elenco de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados<sup>127</sup>.

Quanto a esse ponto, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso foi preciso ao afirmar que *“todos os membros da sociedade têm o dever de contribuir, na capacidade econômica manifestada, para o sucesso desse projeto coletivo que, repita-se, tem como principal forma de financiamento a receita advinda de tributos.”*<sup>128</sup>. Sendo assim, para garantir também a igualdade na aplicação da lei e impedir que alguns se afastem do dever de contribuir para a manutenção do Estado, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que *“é necessária a criação de regras*

122 JOSÉ CASALTA NABAIS afirma que “Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado como mero poder para o estado, nem como mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal.” NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 679.

123 SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política/ tradução: Fernando Santos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 145-146.

124 Na visão de Ricardo Lobo Torres: “o tributo se define como dever fundamental estabelecido pela Constituição no espaço aberto pela reserva da liberdade e pela declaração dos direitos fundamentais, transcende o conceito de mera obrigação prevista em lei, posto que assume dimensão constitucional.” TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários – vol. II*. Rio de Janeiro: 2005, p. 181.

125 No Estado Fiscal os tributos arrecadados dos particulares são a principal fonte de custeio do Estado, superando o modelo anterior do estado Patrimonialista, em que o Estado era financiado basicamente pela exploração de seu próprio patrimônio. Não significa que no Estado Fiscal não haja mais a exploração do patrimônio estatal, mas apenas que essas receitas passam a ter uma reduzida importância frente aos valores amealhados pela via tributária. Para um estado mais completo sobre a diferença dos dois modelos: TORRES, Ricardo Lobo. *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991. Também para uma sistematização sobre as principais características do Estado Fiscal, ver:

126 Juan Manuel Barquero Estevan, citando Josef Isensee colaciona as principais características do Estado Fiscal ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La Función Del tributo em El Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Págs. 21-22

127 José Casalta Nabais, em síntese, sustenta que não há necessidade de uma cláusula constitucional explícita que estabeleça o pagamento de tributos como uma um dever fundamental. Para o referido autor, basta que uma Constituição preveja em seu corpo uma “Constituição fiscal”, ou se constitua efetivamente em um Estado Fiscal ou ainda traga um rol de direitos fundamentais cuja promoção, garantia e defesa, por certo, dependerá dos valores recolhidos pela via dos tributos. NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63.

128 Trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto das ADI's 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 e do RE 723.651, com repercussão geral, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24/02/2016.

que auxiliem a fiscalização e arrecadação de tributos, possibilitando que tais recolhimentos possam representar de maneira concreta o percentual da riqueza revelada pelo contribuintes.”<sup>129</sup>. A partir de tais premissas, o voto conclui pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 105/01, que autorizaram o acesso direto por parte das autoridades fiscais a informações financeiras relativas aos contribuintes que estejam em posse das instituições financeiras<sup>130</sup>.

O segundo aspecto que merece destaque é a coragem de racionalizar os argumentos de ordem pragmática que rodeiam a questão, assumindo que esses argumentos quase sempre têm peso na decisão tomada em sede de jurisdição constitucional, embora isso, como regra, não seja admitido<sup>131</sup>. Essa forma de atuar admitindo expressamente que o processo de tomada de decisão judicial, por vezes, ganha contornos mais complexos do que caberia em um modelo tradicional subsuntivo, ampliando o papel do intérprete na construção da solução, é típica desse constitucionalismo renovado. Nesse sentido, introduziu o tema afirmando que “*desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes*”<sup>132</sup>. Tratando-se de um tema sensível ainda hoje e para não correr o risco de utilizar aqui de uma interpretação equivocada do pensamento do Ministro, permite-se uma citação direta e um pouco mais longa de um trecho do voto:

“O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma

129 Trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto das ADI's 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 e do RE 723.651, com repercussão geral, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24/02/2016.

130 Ao impedir contribuintes mais organizados, e com maior acesso a recursos e informações, se esquivem de forma ilegítima do dever fundamental de contribuir com a manutenção da sociedade, a administração tributária atua para manutenção de um tratamento isonômico também na aplicação da lei. Nesse sentido, v. TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

131 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685*. Interesse Público, Porto Alegre, v. 37, 2006.

132 Trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto das ADI's 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 e do RE 723.651, com repercussão geral, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24/02/2016.

decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.”

Corroborando a posição do Ministro sobre a utilização da argumentação pragmática na jurisdição constitucional, destaco que o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno nasce de uma decisão que adotou de forma expressa a argumentação consequencialista. A decisão judicial mais importante da história, proferida em 1803 pela Suprema Corte Americana no célebre caso *Marbury v. Madison*, que influenciou diretamente o modelo de controle de constitucionalidade adotado em diversos países, inclusive no Brasil, foi ativista e consequencialista<sup>133</sup>.

Não há na Constituição americana de 1787 nenhum artigo que conceda poderes à Suprema Corte de invalidar uma lei votada pelo Congresso. Portanto, a decisão foi tomada a partir de uma expansão do poder político-normativo da Corte de autoafirmação da prerrogativa de invalidar atos emanados de outros poderes quando contrários à Constituição, mesmo sem previsão expressa<sup>134</sup>. Assim, o controle de constitucionalidade nasce de uma construção jurisprudencial fortemente embasada nos chamados *bad-consequences arguments*. Vale dizer, numa análise que leva em conta os efeitos indesejáveis de não existir uma ferramenta de contenção de eventuais abusos cometidos no exercício do poder de legislar<sup>135</sup>. No célebre julgamento *Marbury v. Madison*, ocorrido em 1803, o *Justice Marshall* argumentou que, caso o tribunal não instituisse a possibilidade de controle judicial das decisões de leis contrárias à Constituição, restaria subvertido o mais importante fundamento de todas as Constituições escritas, reduzindo a nada o que se considera o maior progresso em

133 BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation: how the Supreme Court reads the constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 170-171.

134 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 52-53.

135 BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation: how the Supreme Court reads the constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 170.

termos de instituições políticas, que é a possibilidade de definir e controlar o poder Estatal, tendo por base uma norma fundamental escrita e de hierarquia superior<sup>136</sup>.

Ademais, a decisão em *Marbury v. Madison* é consequentialista também sob outro aspecto: apesar de ter afirmado um incrível poder político normativo de declarar inconstitucionais e, portanto, nulas leis contrárias à Constituição, a Corte não se utilizou desse poder para impor a nomeação de Willian Marbury no caso concreto. Premida por um cálculo estratégico que levava em consideração a própria autoridade da decisão emanada pela Corte, baseada em um clima político absolutamente adverso, optou-se por não confrontar o Executivo forte recém-eleito.

Foi com essa feição que o *judicial review* se espalhou para o restante do mundo. Para o professor espanhol Eduardo Garcia de Enterría, um juiz constitucional, mas do que em outros âmbitos da Justiça, pode e deve-se ter em vista em vista as consequências de suas decisões, frequentemente consequências políticas<sup>137</sup>. Também na Alemanha, Karl Larenz assume expressamente essa ideia e trata como irrenunciável por parte de uma Corte Constitucional a ponderação das consequências previsíveis da decisão, que deve ser orientada ao bem comum e, especialmente, à manutenção e ao aperfeiçoamento do Estado de Direito<sup>138</sup>.

Em resumo, o que se pretende demonstrar nesse ponto é que, se há algum pecado em se utilizar argumentos de matriz consequentialista em sede de controle de constitucionalidade, esse pecado é original. Em verdade, quase todos os juízos de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade já autorizados pelo Supremo Tribunal Federal trazem a marca do pragmatismo jurídico, ainda que não de forma explícita. Não cabe no espaço do presente trabalho discorrer sobre as hipóteses em que o recurso a tal recurso interpretativo é legítimo ou não. De todo modo, certo é que somente será possível avaliar o uso de argumentos de ordem consequentialista quando eles forem veiculados de forma expressa no acórdão. Portanto, é salutar que o recurso à argumentação das consequências seja

136 BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation: how the Supreme Court reads the constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 352-353.

137 ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* – 4ª edición. Madrid: Civitas, 2006 p. 193.

138 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* – 3ª edição, tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991, p. 517.

feito às claras, de forma expressa, e abrindo-se ao debate público mais amplo. Apenas assim será possível melhor identificá-la, compreendê-la e avaliá-la. Do contrário, o que se tem é a utilização de argumentos que não são submetidos ao controle intersubjetivo, abrindo margem a decisões que passam ao largo do texto da Constituição. Nesse sentido, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso é um modelo de como esse tipo de argumento deve ser apresentado e enfrentado.

Em linha com o mencionado no parágrafo anterior, o voto do Ministro Barroso racionaliza o argumento consequencialista e demonstra de forma clara que uma decisão que interditasse o acesso direto da Administração Tributária a dados bancários dos contribuintes produziria impacto negativo no sistema de fiscalização, uma vez que os agentes fiscais ficariam manietados para investigar diversas situações reveladoras de capacidade contributiva. Também aponta para o risco de deixar o Brasil em posição desconfortável em âmbito internacional, em razão dos diversos compromissos de compartilhamento de informações assumidos em dimensão bilateral e multilateral.

## CONCLUSÃO

Vários países pelo mundo têm assistido, desde a segunda metade do século passado, o florescimento de um constitucionalismo renovado e especialmente focado na primazia dos direitos humanos, na efetividade das normas constitucionais e na reaproximação entre direito e moral. No Brasil não é diferente e esse processo ganhou força a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã. Com essa transformação, a Constituição, que passa a ocupar o epicentro do ordenamento jurídico, irradia efeitos sobre todos os ramos do Direito, num processo conhecido como filtragem constitucional. Passa-se não só aplicar princípios diretamente extraídos da Carta Magna, como a utilizá-los como móvel interpretativo da legislação infraconstitucional, em uma marcha que aproxima o público e o privado, reconectados por uma realidade constitucional única.

O Direito Tributário parece ainda preso ao modelo constitucional anterior, entendendo a constitucionalização do Direito Tributário como fenômeno meramente formal, que tem o seu ápice nas ainda hoje intermináveis discussões sobre regras de competência para imposição de impostos e contribuições previdenciárias. Contudo, o Direito Tributário não pode

ficar infenso a todo esse processo de alteração da percepção e do modo de aplicação do Direito conduzido pelo Direito Constitucional. Diante disso, defendo que, no contexto atual, o papel tanto da doutrina quanto dos tribunais é resgatar e tornar operativos os princípios tributários que trazem uma carga valorativa mais relevante e que formam o alicerce do Direito Tributário, tais como: isonomia, capacidade contributiva, justiça fiscal, segurança jurídica, etc. Além disso, trazer também para os direitos fundamentais dos contribuintes a gramática e os modelos de operação já testados e desenvolvidos para os direitos fundamentais em geral. Por fim, entender que, embora cobrado pelo Estado, os tributos representam a repartição das vantagens e riscos sociais entre toda a Sociedade. E, sendo assim, a todos importa e atinge as hipóteses de oneração e também as de desoneração, sejam elas formais, pelos instrumentos legais próprios, sejam elas informais, pela via da interpretação constitucional.

Ainda que de forma tardia, é chegada a hora de tornar a Constituição Tributária efetiva, antes que o retorno do pêndulo nos pegue pelo meio do caminho e nos empurre ladeira a baixo.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho – la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ANDRADE, Fabio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O argumento pragmático ou Consequencialista de Cunha Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ARAÚJO, Valter Schuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. BARBOSA, Marcus Vinicius Cardoso. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro. *Universitas Jus*, v. 27, p. 1-20, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 - Uma breve e acidentada história de sucesso*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição - 7º edi. rev.* - São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. Parecer RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Editora Renovar, Rio de Janeiro 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. Editora 34: São Paulo, 2010.

BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation: how the Supreme Court reads the constitution*. New York: Oxford University Press, 2009.

BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights: the origins and meaning of postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CABRAL, J. Bernardo. *Os 20 Anos da Constituição Federal de 1988: Avanços e Retrocessos*. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (coordenadores). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición*. In: *20 Anos da Constituição Brasileira*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Márcio (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário* – 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMMANDUCI, Paolo. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo* – 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

DWORKIN, Ronald, Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* – 4ª edición. Madrid: Civitas, 2006.

ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La Función Del tributo em El Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

FERALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafio*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Doxa. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 16 (abril 2002), pp. 7-20

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação Tributária – Introdução à Justiça Fiscal Consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUASTINI, Ricardo, *Teoria e dogmática delle Fonti*, p. 16 e *Dalle Fonti alle Norme*, pp. 20 e segs. *Apud* AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company, 1999

LACOMBE CAMARGO, Maria Margarida . *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição para o estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito – 3ª edição, tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A Saga do Zangão – Uma Visão Sobre o Direito Natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário, in Revista Dialética de Direito Tributário n.º 30, pp. 46-49.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.

NELSON, Willian E. *Marbury v. Madison: The origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: United Press of Kansas, 2000.

NOVOA, César García. *El Concepto de Tributo*. Lima: Tax Editor, 2009.

PIRES, Thiago Magalhães. *Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral*. Revista de Direito do Estado – n.ºs 17-18 (janeiro/junho de 2010). Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 171-216.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte*. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. SARMENTO, Daniel. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*, 1999. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – 5ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2015

SOLER, Osvaldo Héctor. *Tratado de Derecho Tributario: economico, constitucional, sustancial, administrativo e penal*. – 4ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685*. Interesse Público, Porto Alegre, v. 37, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria Del Estado y de los Contribuyentes*. Trad. Pedro M, Herrera Molina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário* - 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários* - 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. IV – Os tributos na Constituição*. Renovar, 2007

ROCHA, Sergio André. O protagonismo do STF na interpretação da Constituição pode afetar a segurança jurídica judicial em matéria tributária? In: *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011, v. 15

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001;

ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil. Ley, derechos , justicia*. Madrid: Trota, 2009.

# O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses

**Patrícia Perrone Campos Mello**

*Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Visiting Scholar no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Assessora do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal.*

RESUMO: O presente artigo tem o propósito de desenvolver um estudo crítico sobre o processo colegiado de decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como sobre as contribuições do Ministro Luís Roberto Barroso para seu aprimoramento. Com esse objetivo, a seção 1 apresenta os diferentes modelos colegiados de decisão reconhecidos pela doutrina, classificando-os em: deliberativo, agregativo, *per curiam*, *seriatim*, interno e externo. A seção 2 examina o modelo decisório do STF à luz de tais categorias e indica seus principais problemas para uma Corte destinada a desempenhar o papel de produtora de precedentes vinculantes. As seções 3 e 4 tratam de dois importantes avanços no processo colegiado de decisão do Supremo: (i) a aprovação de teses que sintetizam a *ratio decidendi* de seus julgados, em especial nas ações que geram precedentes vinculantes; e (ii) o debate sobre o alcance que se pode dar a tais teses, à luz de conceitos da teoria dos precedentes, como *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção. Ambas as inovações representam importantes aportes do Ministro Luís Roberto Barroso, como se demonstra no trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes vinculantes. Modelo deliberativo. Modelo agregativo. *Per curiam*. *Seriatim*. *Ratio decidendi*.

ABSTRACT: This paper develops a critical study on the decision-making process of the Brazilian Supreme Court, as well as on the contributions of Justice Luís Roberto Barroso to its improvement. With this purpose, section 1 presents different collegiate decision models recognized by the

doctrine, such as: the deliberative, aggregative, *per curiam*, *seriatim*, internal and external models. Section 2 examines STF's decision-making model in the light of these categories and outlines its main problems, especially for a Court expected to produce binding precedents. Sections 3 and 4 deal with two important developments in the Supreme Court's decision-making process: (i) the approval of summaries ("teses") that synthesize the ratio decidendi of its rulings and produce binding effects; and (ii) the debate and definition about the scope that can be given to such summaries, in the light of a theory of precedents, considering the concepts of: ratio decidendi, obiter dictum and distinguishing. Both innovations represent important contributions offered by Justice Luís Robert Barroso.

**KEYWORDS:** Binding precedents. Deliberative model. Aggregative model. *Per curiam*. *Seriatim*. *Ratio decidendi*.

### **PALAVRAS INICIAIS: O MINISTRO E O PROFESSOR**

Em 1999, um livro – *Interpretação e aplicação das normas constitucionais* – me levou definitivamente para o direito constitucional. O livro representava a construção de um espaço em que o direito e a arte se combinavam: um lugar de encontro entre o texto da Constituição e a construção de significados que atendessem às necessidades da comunidade que a Constituição regulava. Seu autor –Luís Roberto Barroso – já era, então, um professor muito querido na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Era, ainda, um procurador do Estado destacado, que chefiava o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio e que atuava no que havia de mais relevante para o Estado.

Alguns anos mais tarde, a advocacia no STF fez com que se mudasse para Brasília, mas não o afastou da UERJ. Lembro-me ainda, como aluna do programa de doutorado, das suas chegadas na faculdade, nas sextas-feiras de manhã, sempre puxando uma mala, na qual trazia leituras, computador, caderno de notas (amarelo), canetas marca-texto e um relógio (com o qual cronometrava rigorosamente as apresentações dos alunos nas aulas). Parecia ter uma vida atribuladíssima. Morava em outra cidade. No entanto, estava sempre na faculdade. A sua atuação como professor, como procurador e como advogado no STF inspirou muitas trajetórias e levou muitos jovens à UERJ e ao direito constitucional.

Quando veio a sua indicação para o Supremo Tribunal Federal, a cena parecia se repetir. A primeira entrevista a que assisti, após o anúncio do seu nome, foi curiosamente gravada no aeroporto. A primeira imagem da matéria trazia o professor e futuro Ministro puxando a mesma mala. Pensei: – “Está indo ou vindo de alguma aula”. Creio mesmo que estava. Está sempre. Ainda hoje, Ministro do Supremo, toda quinta-feira, ao final das sessões plenárias, embarca para o Rio de Janeiro. Toda sexta-feira, pela manhã, dá aulas na UERJ. Também dá aulas no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faz palestras por todo o país e no exterior.

Esse é o meu retrato de Luís Roberto Barroso. Ele é, antes de tudo, um grande professor. O professor fez o procurador, construiu o advogado, criou o ministro; e coloca, no dia a dia, a sua formação a serviço da vida prática e das instituições concretas – para pensar o Judiciário, para estudar e testar soluções que possam aprimorar o direito constitucional, para refletir sobre o Brasil.

Mais uma palavra: a despeito da vida atribuladíssima e de dias muito duros, é amigo, leve, engraçado e sempre tem uma palavra positiva. Sou muito grata por esse convívio. É um grande líder, uma pessoa extremamente educada e disciplinada, sabe o que cada assessor pode render, sabe construir suas equipes e extrair, de forma saudável, o que cada um pode oferecer de melhor. Tem um olhar para cada assessor, acompanha o que se passa em nossas vidas, é alguém a quem se pode recorrer. Embora ocupe uma posição de muito poder, não perdeu a sensibilidade, nem o olhar para outro. É, de verdade e acima de tudo, um ser humano extraordinário, e creio que essa é a razão do seu maior sucesso.

A questão-problema que é objeto deste artigo não é de surpreender, foi alvo de muitos debates em sala de aula, de estudos e de propostas que ganharam o espaço público, por meio da sua voz, e que acabaram modificando o jeito de decidir do Supremo Tribunal Federal. Essa é a marca registrada desses anos do Ministro à frente do Tribunal: a inquietação quanto ao que precisa ser aprimorado, o recurso à academia para formular propostas de mudança e o esforço de empurrar uma agenda transformadora. Há certamente muito a ser feito, mas já contabilizamos alguns ganhos, como será possível constatar a seguir.

## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 ampliou substancialmente a abrangência do controle concentrado da constitucionalidade. Em primeiro lugar, estabeleceu um amplo rol de legitimados ativos para provocar essa modalidade de controle (na Constituição anterior, tal legitimidade se limitava ao Procurador-Geral da República)<sup>1</sup>. Previu igualmente novos instrumentos para deflagrá-lo, dispondo sobre: a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>2</sup>. A Emenda Constitucional n. 3/1993 criou, ainda, a ação declaratória da constitucionalidade. Por fim, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 regulamentaram o processo e o julgamento das ações diretas. Por determinação constitucional, as decisões proferidas no âmbito dessas ações produzem precedentes vinculantes e gerais para todos os demais órgãos do Judiciário e para a administração pública<sup>3</sup>. As decisões produzidas em controle concentrado constituem, portanto, há muito, um mecanismo que confere ao STF a possibilidade de firmar o significado da Constituição com efeitos obrigatórios e gerais.

O controle difuso da constitucionalidade, a seu turno, foi originalmente disciplinado pela Constituição como um mecanismo destinado a levar ao Supremo Tribunal Federal, por meio da interposição do recurso extraordinário, a revisão do julgamento de casos concretos. Não tinha propriamente a finalidade de gerar precedentes a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias<sup>4</sup>. Voltava-se precipuamente à satisfação dos interesses subjetivos das partes. Todavia, a reforma promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 passou a exigir a presença de repercussão geral para que tal recurso fosse admitido. Promoveu, assim, uma espécie de “objetivação” do controle difuso. Com a alteração, a admissibi-

1 De acordo com o art. 103 da Constituição de 1988, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

2 A arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF) só teve seus contornos definidos com a edição da Lei 9.882/1999, que regulamentou o instituto. O art. 102, §1º, CF/1988 previa apenas que a ADPF seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e remetia a regulamentação do instituto à lei.

3 V. CF/1988, art. 102, §2º.

4 Muito embora, por uma questão de coerência sistêmica, os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, dessem ter sido observados por todas as demais instâncias, independentemente de qualquer previsão legal.

lidade do recurso extraordinário passou a depender da demonstração da importância da questão nele debatida do ponto de vista coletivo, por tratar de uma questão política, jurídica, econômica ou social relevante para a comunidade<sup>5</sup>. O interesse subjetivo da parte foi remetido a segundo plano.

A Lei 11.418/2006, que regulamentou a repercussão geral, ainda introduziu no sistema o procedimento para julgamento de recursos repetitivos, contribuindo para reforçar a ideia de que, também nos julgamentos em sede difusa, a interpretação firmada pelo Supremo deveria ser observada por todo o Judiciário. Estava subjacente à sistemática de julgamento dos recursos repetitivos a ideia de que, diante de uma multiplicidade de recursos sobre o mesmo tema, caberia ao STF decidir a questão jurídica e, às demais instâncias, replicar nos casos idênticos a solução conferida pelo Supremo. Assim, com essas inovações, o STF passava a ter por missão, também no recurso extraordinário, a fixação de precedentes que deveriam ser observados pelas demais instâncias<sup>6</sup>.

A despeito disso, durante a vigência do CPC/1973 (e mesmo depois de alterado pela Lei 11.418/2006), o Tribunal manteve o entendimento de que o desrespeito às teses firmadas em sede de repercussão geral não possibilitava a propositura de reclamação diretamente perante o Supremo, para a cassação das decisões divergentes<sup>7</sup>. Ao decidir desse modo, a Corte privou os precedentes firmados em sede difusa de um mecanismo essencial para assegurar a sua efetividade<sup>8</sup>. Foi preciso aguardar até a Lei 13.105/2015, que editou o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), para que esse panorama se alterasse e para que se estabelecesse expressamente, por lei, o cabimento de reclamação para assegurar a aplicação da interpretação firmada pelo STF pelas demais instâncias<sup>9</sup>. A despeito disso,

5 CPC/1973: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

6 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

7 STF, Pleno, Rcl 7569, rel. min. Ellen Gracie, *DJe*, 11.12.2009; Rcl 10.973, rel. min. Ellen Gracie, *DJe*, 06.06.2011; Segunda Turma, Rcl 17036 AgR, rel. min. Teori Zavascki, *DJe*, 27.04.2016; Segunda Turma, Rcl 16245 AgR-ED, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe*, 01.09.2015; Segunda Turma, Rcl 17914 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJe*, 04.09.2014.

8 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

9 CPC/2015, art. 988.

com a Emenda 45/2004 e com a Lei 11.418/2006 (que a regulamentou), o STF passou a ter por função precípua não mais a solução de casos concretos, mas a produção de precedentes que deveriam orientar as decisões do Judiciário em matéria constitucional.

É certo que essa função, em alguma medida, já era exercida pelo Supremo, no âmbito do controle concentrado da constitucionalidade. Entretanto, essa modalidade de controle nunca foi responsável por mais de 3% do acervo anual de processos da Corte. Os recursos extraordinários e agravos contra despacho denegatório dos recursos extraordinários, ao contrário, representavam mais de 80% do acervo do Tribunal. Portanto, alterar o critério de admissibilidade desses recursos e a função a ser desempenhada pelo Tribunal quando de seu julgamento significava alterar de maneira profunda o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

Ocorre justamente que, embora a função e a finalidade da atuação do STF tenham se alterado substancialmente desde a promulgação da Constituição de 1988, o modelo colegiado de decisão da Corte permanecera idêntico. Mesmo depois das alterações narradas acima, os onze ministros do Tribunal continuaram a se reunir, nas sessões plenárias, para apreciar os casos levados a julgamento, e a colher votos apenas acerca do dispositivo da decisão. Nos julgamentos de recursos extraordinários, os votos eram computados apenas para decidir qual parte tinha razão. Cada ministro continuava apresentando, contudo, os seus próprios fundamentos acerca das razões que justificavam a sua posição. Não havia preocupação em votar ou em explicitar a tese que servia de base para o desfecho do caso. Embora a função essencial do STF tivesse passado a ser a produção de precedentes sobre matéria constitucional, o procedimento colegiado adotado pela Corte permanecia focado no interesse subjetivo da parte. O processo e a missão da Corte estavam, portanto, descasados.

O presente artigo apresenta algumas propostas formuladas pelo Ministro Luís Roberto Barroso para ajustar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal à sua nova missão. Com esse propósito, o trabalho examinará: (i) os diferentes modelos colegiados de decisão reconhecidos pela doutrina e a sua influência sobre a implementação de um sistema efe-

10 FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I relatório supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, abr. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20M%C3%BAltiplo%20Supremo.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

tivo de precedentes vinculantes (item 1); (ii) as características do modelo colegiado de decisão adotado pelo Supremo Tribunal Federal, à luz dos mencionados modelos (item 2); (iii) as propostas para o aprimoramento do processo decisório do STF formuladas pelo Ministro (itens 3 e 4), consistentes: (a) na introdução do mecanismo de votação das teses que serviram de base à decisão, ao final de cada julgamento, e (b) na utilização de elementos da teoria dos precedentes para a delimitação de tais teses.

## 1. OS DIFERENTES MODELOS COLEGIADOS DE DECISÃO

A doutrina classifica os modelos colegiados de decisão a partir de diferentes critérios. No que respeita à forma de alcançar a decisão colegiada, alude-se aos modelos deliberativo e agregativo. No que se refere à possibilidade de acompanhamento do processo decisório pelo público, fala-se nos modelos interno e externo de decisão. Finalmente, quanto à forma de expressar a decisão, faz-se menção aos formatos *per curiam* e *seriatim*. Esses modelos não necessariamente existem em sua concepção pura na realidade. Trata-se, em verdade, de modelos estilizados, cuja principal função é possibilitar uma melhor compreensão dos processos reais de decisão e das implicações da adoção de determinados desenhos institucionais sobre as decisões proferidas pelas cortes<sup>11</sup>.

Segundo o esquema acima, *uma corte pode decidir os casos que lhe são submetidos por um processo predominantemente deliberativo ou agregativo*. Há deliberação quando os diversos membros de um colegiado constroem conjuntamente uma decisão, em um processo que pressupõe a disposição de tais membros para argumentar, para defender seus pontos de vista, mas também para ouvir entendimentos divergentes, para enfrentá-los e para eventualmente se deixar convencer a adotar entendimentos diversos dos seus. Acredita-se que as decisões que são fruto de deliberação tendem a ser mais moderadas, em razão do confronto entre diferentes visões do

11 KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 358. 2013. Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/nyu\\_lewp/358](http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/358)>. Acesso em: 5 dez. 2017; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005, p. 284 e ss.; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-61, jan.1993; FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. *Texas Law Review*, n. 82, p. 1671, jun. 2004; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 39-84.; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nós bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-147 e 171-184.

problema submetido ao tribunal e de um esforço de acomodação das preocupações que elas suscitam<sup>12</sup>.

Quando os casos são decididos por agregação, há menor interação e acomodação de entendimentos entre os membros do colegiado. Em lugar de se construir conjuntamente uma decisão, o desfecho do caso é decidido pelo somatório dos votos dos julgadores em um ou em outro sentido. As decisões proferidas por agregação tendem a ser, por isso, menos moderadas. Podem mesmo gerar polarização de entendimentos, quer por conta da baixa interação entre membros que pensam diferentemente, quer por conta de um baixo esforço de acomodar diferentes perspectivas de um mesmo problema.

*No que respeita à possibilidade de que terceiros acompanhem o processo decisório*, o modelo colegiado de decisão pode ser *interno ou externo*. Quando for interno, o debate, o julgamento e a produção da decisão ocorrerão exclusivamente na presença dos membros da corte. Não serão acompanhados por terceiros. Acredita-se que o processo decisório interno favorece a deliberação, a troca de argumentos e a mudança e acomodação de entendimentos. No contexto interno, os membros de um colegiado têm por interlocutores exclusivamente os seus colegas. Preocupam-se em ouvir e eventualmente em convencer apenas os demais magistrados. Mostram-se mais abertos às perspectivas dos demais. Sentem-se mais à vontade para mudar de posição. Têm menos preocupação com sua própria performance ou com criar uma imagem positiva para um público mais amplo.

Quando o processo decisório é externo, parte dele é aberto ao público e, portanto, se passa na presença de uma audiência. Os interlocutores dos magistrados deixam de ser apenas os demais colegas e passam a ser também aqueles presentes na sala de sessão ou, ainda, o grupo mais amplo de pessoas a quem os presentes poderão reportar as suas impressões sobre o julgamento. Há, por isso, uma tendência a que o foco da comunicação dos membros do colegiado migre da interação interna para o público que os assiste<sup>13</sup>. O juiz tende a se preocupar mais com seu próprio desempenho e com a construção de uma imagem positiva a respeito de si e da

12 SUNSTEIN, Cass R. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 110, p. 71, 2000; SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 171-184;

13 BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008. p. 50 e ss; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-147 e 171-184.

sua atuação<sup>14</sup>. Esse tipo de preocupação pode dificultar a deliberação, o diálogo, as mudanças e acomodações de posição. Por isso, acredita-se que os julgamentos externos podem desfavorecer uma postura deliberativa e induzir a adoção de modelos agregativos de decisão<sup>15</sup>. São, contudo, uma forma de conferir maior visibilidade aos julgamentos de uma corte e de possibilitar que o público saiba como votam e se portam cada qual dos seus membros. Nessa medida, os modelos externos de decisão favorecem o exercício do controle social sobre a corte<sup>16</sup>.

*No que respeita à forma de expressar a decisão, os modelos colegiados são classificados como “per curiam” ou “seriatim”.* A decisão *per curiam* se consubstancia em um arrazoado único, que expressa o entendimento da corte como instituição. Nas cortes que adotam esse modelo é rara a apresentação de um voto vencido<sup>17</sup>. O tribunal fala por uma voz única. Em razão dessa característica, as teses e os entendimentos adotados como fundamento para decidir tendem a ser mais facilmente identificáveis. Trata-se, por essa razão, de uma forma de expressar a decisão que permite o desempenho eficaz do papel de Corte de Precedentes. A clareza dos posicionamentos adotados oferece uma orientação segura aos juízos vinculados.

Nos modelos de decisão em série (*seriatim*), ao contrário, cada membro do colegiado produz o seu próprio voto e, ao proferi-lo, fala por si e não em nome da corte<sup>18</sup>. Nessas condições, a identificação da tese que serviu de base ao julgamento passa a depender do exame detido da fundamentação de todos os votos e da identificação de um eventual entendimento comum, que tenha sido chancelado pela maioria. Há menos clareza e mais margem para imprecisões na definição do alcance do precedente produzido pela corte. A dificuldade de compreensão do entendimento adotado pela maioria pode frustrar o desempenho da função de Corte de

14 GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Nova Iorque: Double Day, 1959, p. 238 e ss.

15 MELLO, Patricia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-147 e 171-184.

16 Sobre a relação entre “portas fechadas” e decisões “suspeitas” no imaginário social brasileiro, v. SELIGMAN, Felipe Barroso: criatividade judicial em um mundo complexo. *Jota*, 19.11.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/barroso-criatividade-judicial-em-um-mundo-complexo-19112017>>. Acesso em: 9 jan. 2018. Para percepção semelhante no direito estrangeiro, ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova Iorque: Cambridge University, 2007. p. 406-409.

17 KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Nova Iorque: Oxford University, 2006. p. 161-214.

18 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 100 e ss.

Precedentes. Afinal, as instâncias inferiores só podem aplicar um entendimento se compreenderem, com precisão, seu alcance.

Na realidade concreta, como já observado, os modelos acima não necessariamente aparecem em sua versão pura e diversas combinações são possíveis. A título de ilustração, o modelo de decisão adotado pela Suprema Corte norte-americana combina características de diversos dos modelos descritos. O processo decisório da Suprema Corte tem início em uma reunião *interna*, a portas fechadas, de que participam apenas seus nove *justices*. Nessa reunião, há uma definição preliminar do entendimento da maioria acerca de como o caso deve ser decidido. A redação do entendimento majoritário é assinada a um juiz que integre tal maioria. O desafio do redator é ser o mais fiel possível ao entendimento dela e redigir um voto capaz de manter a adesão dos demais membros e de conquistar novas adesões, ampliando o quórum de decisão<sup>19</sup>.

Nessa linha, o redator da decisão produz uma primeira minuta e a circula entre os membros da corte. Segue-se, geralmente, uma troca de memorandos por meio dos quais alguns *justices* sugerem mudanças e outros, eventualmente, condicionam a sua adesão a ajustes e a abrandamentos na minuta. Ao final, a maioria tende a se aglutinar em torno do voto majoritário, e a dissidência, em torno de um voto vencido. São possíveis, ainda, concorrências simples e qualificadas. As simples somam-se ao entendimento da maioria, mas são consequência da opção do *justice* por produzir um voto próprio. As qualificadas geralmente ocorrem quando um membro da corte diverge sobre o desfecho do caso ou sobre os fundamentos que o justificam<sup>20</sup>.

O modelo decisório da Suprema Corte norte-americana tem, portanto, características do modelo agregativo. A decisão final é produto do somatório de votos dos seus membros e não propriamente de uma construção comum, mediante a interação e a troca de argumentos e pontos de vista entre os juízes<sup>21</sup>. Entretanto, a circulação de minutas e de memorandos amplia, em alguma medida, a interação entre seus integrantes e per-

19 EPSTEIN, Lee; KIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005.

20 HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stephanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, v. 31, p. 215, 2003.

21 Ao menos é como a própria academia norte-americana qualifica o processo decisório da Suprema Corte. Nesse sentido: FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005.

mite acomodações de entendimentos e mudanças de posição. O processo de decisão é essencialmente interno, tanto no que respeita à reunião entre os membros do colegiado, quanto no que respeita à troca de minutas e de memorandos. Entretanto, cada juiz pode produzir um voto próprio e dar publicidade à sua divergência.

Embora a Suprema Corte admita a produção de votos em série, na prática, há uma tendência à votação em blocos – reunindo os membros que adeririam ao entendimento majoritário e ao entendimento vencido – ainda que votos concorrentes também possam ser apresentados. A produção de um voto majoritário faz com que, a despeito dos votos individuais e em série, haja um arrazoado que expresse o entendimento da maioria. A maioria tende, portanto, a falar por meio de uma única voz, a despeito de se tratar de um modelo predominantemente agregativo e de votação em série. A produção de um arrazoado único, que expressa a opinião da maioria, favorece a compreensão dos precedentes firmados pela corte *porque as razões de decidir de tal maioria são consolidadas e explicitadas em tal documento*. Fica claro, portanto, que o desenho institucional das cortes e o modelo colegiado de decisão que adotam podem interferir substancialmente sobre a efetividade de seus precedentes.

## 2. O MODELO COLEGIADO DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal adota um modelo de decisão agregativo, externo e em série. O conteúdo das decisões proferidas pelo Tribunal é definido pela aglutinação das manifestações de voto de seus ministros. As decisões não são construídas conjuntamente pelos membros da corte, por meio do diálogo, da troca de argumentos e de pontos de vista. Ao contrário, há pouca interação entre os seus membros, e pouca margem para a argumentação, o convencimento e a acomodação de entendimentos<sup>22</sup>.

22 SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013; e O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada Barbieri (Org.). *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, p. 337-361, 2011; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 out. 2012

Geralmente, os ministros chegam às sessões plenárias com votos individuais prontos, a respeito dos casos que serão julgados. Como não sabem como o relator ou os demais ministros votarão, não podem simplesmente optar por aderir ao entendimento com o qual estão de acordo. Assim, mesmo quando há concordância entre os ministros, onze votos são produzidos, ainda que para manifestar entendimento idêntico. A despeito do enorme volume de processos em curso no Tribunal, seus ministros ainda atuam como juízos singulares. Falam apenas por si. E redigem votos como se fossem os relatores de todos os casos relevantes em que se manifestam, ainda que, frise-se, tão somente para concordar com a maioria<sup>23</sup>.

O Brasil adota o modelo externo de decisão judicial por expressa determinação constitucional. De acordo com o art. 93, IX, da Constituição de 1988 todos os julgamentos devem ser públicos, previsão que vem sendo interpretada como determinante de que as sessões de julgamentos sejam abertas ao público em geral. O Supremo Tribunal Federal adota, contudo, um tipo extremado de modelo externo. É que o pleno do Tribunal – órgão que reúne todos os seus ministros e que é responsável pelos julgamentos mais relevantes – tem as suas sessões televisionadas, ao vivo, e transmitidas, via satélite, em canal exclusivo para todo o país. Como não poderia deixar de ser, o televisionamento do pleno deu uma outra dimensão aos julgamentos do STF.

Em primeiro lugar, o televisionamento permitiu o acompanhamento quase que simultâneo de tudo quanto se passa nas sessões plenárias do Supremo e gerou uma espécie de espetacularização dos seus julgamentos<sup>24</sup>. A imprensa transmite em tempo real o que ocorre ali; critica os votos; avalia o desempenho de cada ministro; repercute os embates entre eles. Nessas circunstâncias, os interlocutores dos julgadores deixam de ser apenas os demais membros do colegiado e passam a ser toda a potencial audiência que os assiste. E a imprensa ganha relevo por produzir uma “primeira opinião” sobre a performance de cada membro do colegiado, o que influencia fortemente a percepção do público a seu respeito.

23 A exceção, quanto ao ponto, é o processo de julgamento de casos “em lista”, espécie de julgamentos em lotes, em que, como regra, os ministros apenas acompanham os entendimentos do relator. Entretanto, os casos julgados com base nesse procedimento geralmente envolvem a reiteração de jurisprudência.

24 MELLO, Patricia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 360-371.

É natural, portanto, que os ministros tendam a se preocupar com os impactos que seu comportamento pode gerar sobre a sua própria imagem ou com a avaliação que será produzida a seu respeito pela imprensa. Eventuais mudanças de entendimentos ou acomodações de julgamentos podem ser mal compreendidas e constituir um risco que precisa ser evitado. O modelo externo de decisão – sobretudo tal como praticado no Supremo Tribunal Federal – pode ser, por isso, fortemente limitador da efetiva troca de pontos de vista entre os julgadores ou da viabilização de uma corte deliberativa.

A despeito de tais aspectos, acredita-se que o televisionamento das sessões plenárias constitui uma medida importante a ser preservada. O televisionamento conferiu grande visibilidade à Corte e à atuação de seus ministros. Se, por um lado, essa visibilidade é responsável por alguns incentivos institucionais que não são desejáveis, por outro lado aproximou o Tribunal da população, possibilitou que o cidadão comum compreendesse o que se passa ali e, sobretudo, permite o exercício de algum controle social sobre um Tribunal que tem sido chamado a julgar as matérias mais relevantes para o país, dentre elas questões atinentes à corrupção e à punição de altas autoridades, à tutela do funcionamento do processo democrático e à proteção de direitos fundamentais.

Por fim, o Supremo expressa as suas decisões segundo o modelo *seriatim*. Os acórdãos do Tribunal se compõem pelos votos individuais escritos de cada ministro, por seus votos orais e, ainda, pela transcrição dos debates travados entre eles. Em casos relevantes, as decisões somam centenas de páginas. Até bem pouco tempo, tais decisões dispunham expressamente apenas sobre o dispositivo do julgado, mas não sobre os fundamentos adotados pela maioria. Sem a explicitação de tais fundamentos, a efetividade de uma decisão como precedente vinculante dependia do exame de todos os votos da maioria, em busca de um entendimento ou de uma tese comum, que sustentasse a decisão e que servisse de orientação para a solução de casos futuros. Obviamente, esse modo de proceder frustrava a normatividade dos precedentes proferidos pela Corte.

### 3. A INTRODUÇÃO DA VOTAÇÃO DAS TESES

Uma mudança importante no modo de operar do Supremo Tribunal Federal foi introduzida entre 2013 e 2014: a votação das teses que

serviram de base para as suas decisões. Em lugar de se procurar interferir sobre o modelo agregativo de decisão ou sobre a produção de votos em série, defendeu-se uma alteração relativamente simples no modo de decidir do Tribunal. Cada ministro continuaria a votar individualmente e a deduzir os fundamentos do seu entendimento, conforme o procedimento já consolidado. Ao final do julgamento, e uma vez definido o seu desfecho, a Corte deveria determinar, em conjunto, a tese que servia de base ao julgamento proferido pela maioria. Esse pequeno ajuste do modo de decidir do Supremo permitiria ao menos que se explicitasse o entendimento que serviu de base à decisão, ou seja, permitiria que se esclarecesse a razão de decidir da Corte. A tese seria, portanto, uma síntese da interpretação definida pelo STF, aplicável a casos futuros idênticos.

Essa providência tornou mais claros os precedentes do Tribunal. Facilitou a sua observância pelos juízos vinculados. Favoreceu a sua compreensão pelos jurisdicionados em geral. Pelas mesmas razões, tornou mais evidente a inobservância de tais precedentes. Deixou de ser necessário examinar em detalhe acórdãos de centenas de páginas proferidos pela Corte para buscar os argumentos comuns invocados na fundamentação dos votos de cada integrante da maioria, de modo a inferir o entendimento do STF. Em lugar disso, o próprio STF passou a oferecer uma síntese de tal entendimento, por meio da explicitação da tese do julgamento.

Obviamente, a formulação da tese não reduz a importância de compreender os fatos do caso, os elementos levados em consideração para a sua formulação ou os argumentos tecidos por cada ministro. Esses elementos são fundamentais para exercer um juízo crítico sobre a própria tese do tribunal e poderão se prestar, no futuro, à distinção de um novo caso que não guarde exatamente as mesmas características do caso anterior. A própria apreensão da tese, com maior profundidade, pressupõe uma compreensão mais detalhada do julgado em que foi afirmada. Portanto, a formulação da tese não neutraliza todos os problemas associados à adoção de um modelo de votação em série extremo (como é aquele adotado pelo Supremo) para fins de implementação de um sistema de precedentes vinculantes. Entretanto, a explicitação da tese tem, ao menos, a virtude apresentar uma síntese que expressa a compreensão da Corte sobre a decisão que proferiu e, portanto, de fornecer um ponto de partida que facilite aos juízes e aos jurisdicionados em geral acessar as razões dos julgados.

Do mesmo modo, a formulação da tese não resolve os problemas associados à falta de deliberação ou de interação entre os ministros. Como se procurou demonstrar acima, o modelo colegiado de decisão por deliberação pressupõe que os ministros estejam abertos a diferentes pontos de vista e que se engajem verdadeiramente em uma atividade de construção de uma decisão comum. A deliberação significa pressupor que o saber de cada ministro pode contribuir para construção de uma solução que é qualitativamente superior ao mero agregado de opiniões individuais. No atual modelo, contudo, o processo agregativo de tomada de decisão persiste.

No entanto, ao final de cada julgamento, a necessidade de produzir uma tese tem o aspecto positivo de impor algum nível de interação entre os membros do colegiado. Trata-se de uma interação bastante limitada, uma vez que o desfecho do caso já foi definido. A contribuição que pode oferecer não pode ser comparada aos benefícios de ter onze ministros engajados em uma atuação verdadeiramente deliberativa. Entretanto, permite a construção conjunta, ao menos, da tese que serve de base ao julgado. Impõe, nessa medida estreita, que os ministros acessem os fundamentos dos integrantes da maioria (ainda que não concordem com eles); que interajam a partir do voto apresentado por cada membro da Corte no pleno; e que construam conjuntamente ao menos esse conteúdo mínimo.

A votação da tese adotada pela maioria do STF era defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso desde 2010, ainda na condição de advogado atuante perante a Corte e de professor<sup>25</sup>. Os primeiros julgados em que o Supremo Tribunal Federal formulou teses explicitamente datam de 2013, ano de ingresso do Ministro no Tribunal<sup>26</sup>. A providência encontrava, contudo, resistência entre alguns ministros<sup>27</sup>, que acabou superada por um argumento literal: o art. 543-A, §7º, do CPC/1973 previa que *a súmula da decisão sobre a repercussão geral "constaria de ata, que deveria ser publicada no Diário Oficial e valer como acórdão*. A partir desse dispositivo, defendeu-se que a tese firmada em repercussão geral deveria ser explicitada no

25 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

26 STF, Pleno, RE 627.815, rel. Min. Rosa Weber, j. 23.05.2013, *DJe*, 01.10.2013; ARE 728.188, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.12.2013, *DJe*, 12.08.2014.

27 Entre todos, destaca-se o Ministro Marco Aurélio, abertamente desfavorável à objetivação do controle difuso. V., a título ilustrativo, suas manifestações em: STF, Pleno, RE 596.962, rel. Dias Toffoli, *DJe*, 30.10.2014.

juízo e constar da respectiva ata, providência essencial para que as teses firmadas pela Corte produzissem efeitos vinculantes. Por volta do segundo semestre de 2014, a ideia de explicitar e votar a tese começou a se consolidar no processo decisório da Corte, como ilustra o diálogo travado entre os Ministros Toffoli, Lewandowski e Marco Aurélio Mello, após oposição do último à fixação da tese<sup>28</sup>:

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Mas eu penso que, como uma Corte constitucional - e com os instrumentos que a Emenda Constitucional nº 45 nos trouxe -, nós temos que fazer esse balizamento [definir a tese], dando maior eficiência, mais eficácia à prestação jurisdicional. Portanto, pedindo vênua ao Ministro Marco Aurélio, eu mantenho meu voto no sentido de estabelecer essas diretrizes, que são fundadas na jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E a impressão que tenho é que Vossa Excelência não criou nada de novo, extraiu do seu voto as consequências que acaba de explicitar, e que servirão, em sendo uma repercussão geral, de balizas para as Cortes brasileiras.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Para não ficarem os fundamentos ao longo do voto e, depois, em razão da repercussão geral, não se saber o que pinçar. **Então, explícito as diretrizes de maneira objetiva, acatando a sugestão do Ministro Roberto Barroso.**” (Grifou-se)

Ainda no final de 2014, a definição da tese e a sua inclusão em ata foram regularmente incorporadas como etapas finais do julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral, pelo então presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski. Em 09.12.2015, promoveu-se, ainda, em sessão administrativa, a aprovação retroativa das teses de repercussões gerais julgadas até aquela data e ainda não explicitadas em ata, sob a

28 STF, Pleno, RE 596.962, rel. Dias Toffoli, j. 21.08.2014, *DJe*, 30.10.2014. Na sequência dessa decisão: STF, Pleno, RE 596.663, rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 24.09.2014, *DJe*, 26.11.2014; RE 568.645, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.09.2014, *DJe*, 13.11.2014; ARE 660.010, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.2014, *DJe*, 19.02.2015; RE 600.003, rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 25.02.2015, *DJe*, 15.05.2015.

invocação do mencionado art. 543-A, §7º, do CPC/1973<sup>29</sup>. Atualmente, a definição da tese, por votação de todos os membros do colegiado (e não apenas daqueles que integraram a maioria), é a praxe adotada em todos os julgamentos de recursos com repercussão geral<sup>30</sup>.

A votação da tese passou a ser adotada igualmente no controle concentrado de constitucionalidade, em que igualmente se começou a explicitar a razão de decidir dos julgados<sup>31</sup>. A providência foi incorporada, ainda, ao julgamento de outras classes processuais, cujos julgados são desprovidos de efeitos vinculantes e gerais<sup>32</sup>. Nesses últimos casos, a inovação não é menos importante. Tem o valor de explicitar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Produz eficácia persuasiva sobre outros julgados. Gera um ônus argumentativo para as partes e para os julgadores que pretendam decidir de modo contrário. Favorece uma cultura de atenção aos precedentes produzidos pelo Supremo.

Por fim, a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) também favoreceu a estabilização da explicitação das teses firmadas pelo STF. O novo Código atribuiu expressamente efeitos vinculantes e gerais às teses proferidas no controle concentrado da constitucionalidade, nos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e nos incidentes de assunção de competência. E determinou que o desrespeito a tais teses ensejaria reclamação diretamente para o tribunal que a proferiu, que poderia cassar a decisão divergente. Nessas circunstâncias, a efetividade do sistema de precedentes vinculantes idealizado pelo CPC/2015 pressupõe uma clara definição das teses firmadas pelos tribunais<sup>33</sup> e delas depende.

#### 4. O ENCONTRO COM A TEORIA DOS PRECEDENTES

Um segundo passo de extrema importância para a consolidação do Supremo Tribunal Federal como uma Corte de Precedentes em matéria

29 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacao.AtasSessoesAdministrativas&pagina=atasSessoesAdministrativas>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

30 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuTese.asp?tese=TRG>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

31 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuTese.asp?tese=TCC>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

32 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuTese.asp?tese=TOP>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

33 CPC/2015, art. 988, caput e §§ 4º e 5º. No caso de reclamação contra decisões divergentes de teses afirmadas em repercussão geral, o novo CPC condiciona o cabimento da reclamação à exaustão das instâncias ordinárias pela parte prejudicada.

constitucional foi a discussão sobre a metodologia a ser adotada na definição do conteúdo da tese e, portanto, do precedente vinculante. A discussão foi travada, originalmente, no RE 669.069, de relatoria do Ministro Teori Zavascki<sup>34</sup>. No caso, a União pretendia se ressarcir por danos gerados a um veículo federal, em razão de um acidente de trânsito, e o particular arguiria a prescrição da pretensão. Em sua defesa, a União afirmou que a ação de reparação de danos ao erário seria imprescritível, com base no art. 37, §5º, CF/1988<sup>35</sup>. Em segundo grau, o tribunal rejeitou a tese da imprescritibilidade, e a União interpôs recurso extraordinário para o Supremo, ao qual se conferiu repercussão geral.

Durante o julgamento, havia uma convergência entre os ministros no sentido de que, *no caso específico*, não havia que se falar em imprescritibilidade. A União argumentava que as ações de ressarcimento em favor do erário eram, de modo geral, imprescritíveis. O recorrido, a seu turno, defendia a prescritibilidade da ação, voltada ao mero ressarcimento dos danos decorrentes de uma colisão de veículos e, portanto, de um mero ilícito civil. Para o recorrido, era irrelevante se outras ações de ressarcimento, passíveis de propositura pela União, seriam prescritíveis ou não. Por essa razão, centrava sua defesa nas ações para reparação de colisões de veículos. Para a União, importava a (im)prescritibilidade tanto da ação para reparação de danos decorrentes de ilícitos civis especificamente quanto das ações para reparação de todo e qualquer dano perpetrado em desfavor do poder público, *inclusive para danos decorrentes de atos de improbidade administrativa*.

No momento da definição da tese, o relator propôs que se afirmasse a prescritibilidade da ação para reparação da colisão de veículos, mas a imprescritibilidade da ação para a reparação de danos ao erário em decorrência de atos de improbidade administrativa. Estabeleceu-se, então, um debate no pleno. Era possível afirmar tal entendimento inclusive no que respeita a atos de improbidade, com força vinculante, a partir do caso concreto que se apreciava? Os fatos relevantes do caso concreto referiam-se à colisão entre um veículo da União e um veículo de um particular. Não havia ato de improbidade. A moldura fática do caso não gerava uma discussão jurídica tão ampla. Nessa linha, o Ministro Barroso observou:

34 STF, Pleno, RE 669.069, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.02.2016, *DJe*, 28.04.2016.

35 CF/1988. art. 37, § 5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

“O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO— [...]. Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidi a demanda posta. Portanto, acho que, nas ações de reparação de dano por ilícito civil, a prescritibilidade se impõe, e, no caso concreto, se impõe de acordo com os critérios que Sua Excelência apontou. De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhá-lo na solução desta lide específica.

Sua Excelência, no entanto, foi um pouco além, preocupado em sistematizar o tema, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque **a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo.** Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. **E eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescritibilidade, sem um contraditório em que nós pudéssemos considerar todos os argumentos.** [...]” (Grifou-se)

De fato, a questão jurídica posta pelo caso aludia à (im)prescritibilidade de uma ação para ressarcimento de danos decorrentes de um ilícito civil. O réu debateu exclusivamente a prescritibilidade deste tipo de ação. O ilícito por improbidade administrativa não estava em causa e era-lhe indiferente. Assim, não havia parte interessada em defender a prescritibilidade das ações de reparação de atos de improbidade. Os argumentos em desfavor da imprescritibilidade dessas ações não foram deduzidos. Eventual decisão da Corte sobre esse ponto específico se produziria, portanto, sem o estabelecimento de um contraditório mínimo a respeito do assunto, sem a reunião de um nível seguro de informação a seu respeito e, em virtude dos efeitos gerais atribuídos às teses proferidas em repercussão geral, seria de observância obrigatória em casos de terceiros, que tampouco teriam a oportunidade de defender entendimento diverso.

O RE 669.069 se converteu, por isso, em um *leading case* sobre a definição do alcance das teses produzidas pelo STF e permitiu que algu-

mas reflexões fossem desenvolvidas, à luz dos elementos da teoria dos precedentes<sup>36</sup>. Em primeiro lugar, como restou decidido, a tese emergente do julgamento, ou seja, a sua *ratio decidendi*, deve corresponder ao entendimento firmado pela maioria da Corte como uma premissa necessária para solucionar o caso concreto<sup>37</sup>. Os precedentes vinculantes são produto do exercício da jurisdição e, portanto, se sujeitam aos mesmos limites desse exercício. As decisões proferidas não podem versar sobre causas que não foram propostas (princípio da inércia da jurisdição), não podem cuidar de causa de pedir ou de pedido diverso daquele debatido (princípio da congruência), precisam assegurar às partes a possibilidade de deduzir todos os argumentos da forma mais ampla possível (princípio contraditório e ampla defesa) e decidir com nível informacional adequado à demanda proposta e aos argumentos deduzidos (princípio devido processo legal). Justamente em virtude disso, *a tese que vinculará novos casos só pode ser aquela que serviu de premissa para a decisão do caso concreto*.

Qualquer conteúdo que vá além da *ratio decidendi* – como considerações sobre questões próximas, mas desnecessárias para a solução específica do conflito submetido à Corte, opiniões veiculadas em votos vencidos ou discussões não apreciadas pela maioria – constitui mero *obiter dictum*. Trata-se de consideração marginal tecida por alguns membros da Corte, que pode desempenhar função argumentativa, inspirar novas teses e sinalizar entendimentos futuros do Tribunal. Entretanto, não produz precedentes vinculantes<sup>38</sup>. Esse era o caso do debate acerca da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento por ato de improbidade administrativa. Decidir sobre a (im)prescritibilidade em caso de improbidade não era necessário ou lançava qualquer luz sobre a situação concreta que deflagrara o debate constitucional na hipótese: uma mera colisão de veículos.

36 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

37 ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov.1989; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, maio 1988, p. 763-766. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (org). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-96; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113-174.

38 MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 120-127; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272-273.

Não se trata de questão puramente formal. Decidir, em sede de repercussão geral, questão jurídica desnecessária à solução do conflito concreto significa decidir sem nível informacional adequado e atribuir à decisão efeitos vinculantes e gerais, violando direitos fundamentais, expondo a Corte ao erro e à possível necessidade de alteração do precedente afirmado, em prejuízo à sua credibilidade e ao sistema como um todo.

Portanto, esse é o alcance possível da tese firmada em um caso. Ela corresponderá à regra ou ao princípio de direito adotado pela maioria como uma premissa para a solução da questão posta pela ação. E será aplicável a uma nova ação sempre que essa tiver fatos relevantes semelhantes e, portanto, sempre que colocar questão jurídica idêntica. Fatos relevantes distintos suscitam questão jurídica diversa e não são regidos pelo precedente. Sujeitam-se, por isso, ao que a teoria dos precedentes convencionou denominar juízo de distinção<sup>39</sup>. Nessa linha, a prescritibilidade das ações de reparação por ilícito civil em face da Fazenda Pública já foi afirmada em precedente do Supremo. Todas as demais ações que se enquadrem nessa categoria devem ser decididas da mesma forma, pela prescritibilidade. Por outro lado, a tese da (im)prescritibilidade do dano decorrente de ato de improbidade administrativa ainda não foi apreciada pelo Tribunal. Não há, ainda, precedente vinculante sobre o assunto.

O debate travado no RE 669.069 expressa as potenciais dificuldades que um sistema jurídico sem tradição na operação com precedentes vinculantes enfrenta ao introduzir esse instrumento em sua prática. O direito brasileiro tem origem romano-germânica e, portanto, tem a lei (e não as decisões judiciais) por principal fonte do direito (diferentemente dos países do *common law*). De todo modo, ao final do julgamento, o STF se limitou a assentar tese a respeito das ações de ressarcimento de prejuízos gerados por ilícitos civis e, nesse sentido, corroborou a reflexão empreendida acima sobre os limites a serem observados pela Corte na formulação das suas teses.

O RE 669.060 deu início, portanto, à definição das categorias e dos limites com os quais se deve operar na definição e aplicação dos prece-

39 LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.; GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 175-232.

dentes. Esclarecer e conferir visibilidade a tais categorias é tão importante quanto explicitar as teses firmadas pelo Tribunal de forma clara: é uma medida fundamental para orientar as demais instâncias e a própria Corte no trato com precedentes<sup>40</sup>.

## CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, mudanças relevantes foram inseridas no controle de constitucionalidade. Essas mudanças resultaram na atribuição ao Supremo Tribunal Federal do papel de Corte de Precedentes em matéria constitucional. Apesar da efetivação de alterações tão substanciais no sistema de controle de constitucionalidade, o processo colegiado de decisão do Tribunal permaneceu essencialmente o mesmo, e esse processo entrava em choque com a missão atribuída à Corte. O modo de deliberar do Supremo, agregativo, externo e por votação em série, prejudica a compreensão dos precedentes e pode comprometer a sua eficácia normativa. Em boa hora, uma proposta simples – de votação da tese que servia de base para cada decisão proferida pelo colegiado – minimizou tais problemas e permitiu a definição do conteúdo das decisões do STF que vincularia o julgamento de casos subsequentes semelhantes.

A assunção da função de Corte de Precedentes pelo Supremo Tribunal Federal também lhe impôs a operação com novas categorias, às quais o Tribunal não estava habituado. Os debates travados no RE 669.069 e as reflexões que eles permitiram, em torno dos conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção entre casos, são um passo importante para conferir visibilidade ao raciocínio e aos limites a serem observados na operação com precedentes vinculantes. Ambas as iniciativas representam uma contribuição importante do Ministro Barroso para o aperfeiçoamento do processo decisório do Supremo Tribunal Federal e favorecem a construção de um caminho na direção de uma Corte de Precedentes.

40 Não se ignora que a Corte tem, ainda, um importante caminho a percorrer no tema. Em alguns julgamentos, a tese aprovada pela maioria é excessivamente ampla. Em outros, há algum nível de politização na etapa de delimitação da tese, disso resultando certa incongruência entre o conteúdo que lhe é atribuído e os fundamentos efetivamente utilizados pela maioria como base para a decisão. V., nesse sentido, RE 846.854, red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 01.08.2017, pendente de publicação. De todo modo, não há como negar a relevância do debate travado no RE 669.069, em que a questão começou a ser endereçada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989.

ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (org). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-96.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 39-84.

\_\_\_\_\_; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova Iorque: Cambridge University, 2007.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. *Texas Law Review*, n. 82, p. 1671, jun. 2004.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, [Austin], v. 84, p. 257, 2005.

GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Nova Iorque: Double Day, 1959.

GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959.

HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stephanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, v. 31, p. 215, 2003.

KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Nova Iorque: Oxford University, 2006. p. 161-214.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 358. 2013. Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/nyu\\_lewp/358](http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/358)>. Acesso em: 5 dez. 2017.

\_\_\_\_\_.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993.

LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCOR-MICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação, racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988.

SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.

\_\_\_\_\_. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013.

\_\_\_\_\_. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006.

\_\_\_\_\_. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 110, p. 71, 2000.

# A Delimitação do Objeto da Ciência Jurídica na Teoria Pura do Direito

**Rodrigo Borges Valadão**

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (ESAP;PGE-RJ). Especialista em Direito Público pela FGV/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ). Doutorando em Teoria do Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemanha. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB). Advogado no Rio de Janeiro.*

*“En forma desprovida de todo espíritu crítico, ha mezclado la jurisprudencia con la psicología y la biología, con la ética y la teología. Hoy en día no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree poder realzar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con la que está perdida, naturalmente, la verdadera ciencia jurídica.”<sup>1</sup>*

*Hans Kelsen*

**RESUMO:** Ao (i) estabelecer o *status* das ciências culturais, em contraposição às ciências naturais, e ao (ii) distinguir o Direito de outros fenômenos sociais, Hans Kelsen delimitou a norma jurídica como objeto da Ciência do Direito. A partir daí buscou apresentar um conceito de norma jurídica, conceito este que sofreu sucessivas alterações durante cerca de meio século.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hans Kelsen. Ciência do Direito. Delimitação do seu Objeto. Norma Jurídica. Definição

<sup>1</sup> KELSEN, Hans [1933]. *La Teoría Pura del Derecho*. Trad. Jorge G. Tijerina. 2ª ed., Buenos Aires: Posada, 1941, p. 25-26.

**ABSTRACT:** By (i) establishing the status of the cultural sciences as opposed to the natural sciences, and by (ii) distinguishing Law from others social phenomenas, Hans Kelsen has delimited the Legal Norm as the object of Legal Science. From that point, he introduced a definition of legal norm which suffered successive conceptual changes for about half a century.

**KEYWORDS:** Hans Kelsen. Legal Science. Definition of its subject. Legal Norm. Definition.

## INTRODUÇÃO

A Teoria Pura do Direito – empreitada teórica iniciada pelo austríaco Hans Kelsen em 1911<sup>2</sup> e a qual ele iria dedicar toda a sua vida – é normalmente apontada por iniciar uma versão *normativista* do Positivismo Jurídico.

Que a *norma jurídica* desempenha um papel fundamental na construção e no desenvolvimento da Teoria Pura do Direito é por demais óbvio. Menos óbvio, no entanto, é o *trajeto epistemológico* percorrido por Kelsen para a *delimitação* da norma jurídica como objeto da Ciência do Direito.

O presente trabalho se propõe, num primeiro momento, a demonstrar o caminho percorrido por Kelsen para a delimitação da *norma jurídica* como o objeto da sua Ciência Jurídica. Num segundo momento, será demonstrado, de forma panorâmica, a evolução conceitual da norma jurídica na Teoria Pura do Direito. Ao final, será apresentada uma definição de norma jurídica compatível com as sucessivas alterações conceituais sofridas em meio século de contínuo desenvolvimento.

## 1. HANS KELSEN: UM HOMEM DA SUA ÉPOCA

Embora nascido em Praga, Hans Kelsen teve sua educação e formação acadêmica em Viena, na Áustria.<sup>3</sup> Mudou-se para lá com sua família em 1884, aos 3 (três) anos de idade, e por lá permaneceu, salvo por pequenos períodos, até 1930, aos 49 (quarenta e nove) anos.<sup>4</sup>

2 As bases fundamentais da Teoria Pura do Direito foram lançadas por Kelsen em seu trabalho de Habilitação, denominado **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelten aus der Lehre vom Rechtssatze**. Tübingen: JCB Mohr, 1911.

3 Na verdade, Viena era a capital do Império Austro-Húngaro, uma Monarquia Parlamentarista de cunho político eminentemente liberal, entre os anos de 1867 e 1918.

4 Para maiores detalhes. Cf. MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 10 a 64.

Exatamente neste período desenvolvia-se ali uma sociedade peculiar, culturalmente brilhante, havendo quem a considere como “a Atenas do século XX”.<sup>5</sup> Num ambiente permeado por música e arte, brotavam correntes filosóficas e científicas que alimentaram a cultura ocidental por todo o século.<sup>6</sup> Em linhas gerais, essa cultura era baseada na luta pela objetividade, pelo empirismo e pela depuração dos conceitos – em síntese, pela desmistificação da vida e do pensamento.<sup>7</sup>

Pode-se dizer que Kelsen foi um legítimo produto de sua época. Num dos primeiros parágrafos de sua Teoria Pura do Direito, de 1934, ao expor a “pureza” de seu projeto teórico,<sup>8</sup> encontra-se expressa a tensão histórica, sociológica e epistemológica da Europa no início do século XX, com especial ênfase na Teoria do Direito. Segundo Kelsen,

*“una mirada sobre la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente cuán distante se halla de corresponder a la exigencia de la pureza. En forma desprovista de todo espíritu crítico, ha mezclado la jurisprudencia con la psicología y la biología, con la ética y la teología. Hoy en día no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree poder realzar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con la que está perdida, naturalmente, la verdadera ciencia jurídica.”*

Com base nesse horizonte crítico, Kelsen iria dedicar toda sua vida ao projeto de desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural.<sup>10</sup> Seu objetivo era elevar a teoria jurídica

5 SCHMILL, Ulises [1976]. **Prólogo**. In: MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. Hans Kelsen – Vida y Obra. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 1.

6 *Idem*, p. 2.

7 *Ibidem*, p. 4.

8 “Si ella se califica como teoría ‘pura’ del derecho, es porque pretende garantizar uno conocimiento dirigido solamente hacia el derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como derecho. Es decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños.” KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Jorge G. Tijerina. 2ª ed., Buenos Aires: Posada, 1941, p. 25.

9 *Idem*, p. 25-26.

10 KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XI.

*“à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito (...) explica[ndo] não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar o tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”.*<sup>11</sup>

Para alcançar esse objetivo, deparou-se com um duplo desafio. Em primeiro lugar, teve que lançar as bases epistemológicas e metodológicas de sua ciência jurídica. E, aqui, o desafio consistia, basicamente, em (i) estabelecer o *status* das ciências culturais, em contraposição às ciências naturais, bem como seus princípios de regência e (ii) definir, neste quadrante, o *lugar* ocupado pelo Direito, distinguindo-o de outros fenômenos sociais. Em segundo lugar, uma vez que, segundo Kelsen, a teoria jurídica deveria ser consciente de sua especificidade,<sup>12</sup> foi preciso delimitar o *objeto* de sua ciência jurídica. É justamente esse percurso que voltamos a percorrer.

## 1. O DIREITO COMO TÉCNICA SOCIAL ESPECÍFICA

A história do pensamento humano sempre foi marcada por diversas formas de dualismo. Céu e inferno, noite e dia, calor e frio, enfim, diversos dualismos apresentam-se como categorias fundamentais da construção do nosso conhecimento. Todavia, o reconhecimento de alguns desses dualismos não foi sempre algo de *per se* evidente. E o reconhecimento de um deles, essencial para o pensamento científico, seguiu, durante milênios, a mesma sorte: o dualismo existente entre natureza e sociedade.

De fato, o homem primitivo sempre entendeu que a natureza era regulada pelas mesmas leis que regulavam a sociedade. A ideia de retribuição era aplicada indistintamente aos fatos naturais e aos fatos sociais, pois a natureza era vista como parte intrínseca de sua sociedade.<sup>13</sup>

Quando a natureza é interpretada conforme o princípio da retribuição, os seus fenômenos, na medida em que requerem explicação, são relacionados com os indivíduos ou com o grupo a que pertencem. Em alguns casos, o próprio grupo podia ser coletivamente responsável pela conduta

11 KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XI.

12 *Ibidem*, p. XI.

13 KELSEN, Hans [1946]. **Society and Nature: a Sociological Inquiry**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. vii.

de um ou mais indivíduos.<sup>14</sup> Assim, um desastre natural, por exemplo, era explicado da mesma forma que a reação social imputada a um ilícito: uma punição divina dirigida contra aquele que praticou uma conduta socialmente indesejada.

Somente a partir do século XVIII é que a natureza passou a ser explicada em termos distintos. Em contraposição aos fatos sociais, a explicação dos fenômenos naturais enquanto efeitos passam a ser relacionados a outros fatos naturais enquanto causas. Nesse passo, esses fenômenos deixam de ser mero reflexo da conduta dos indivíduos contrária ou conforme às normas sociais.<sup>15</sup> A conduta humana deixa de ser a base da explicação do mundo natural, e a ideia de retribuição perde seu sentido.

Assim, embora formem uma única realidade fática, verificou-se que natureza e sociedade correspondem a diferentes sistemas e, por isso, são objetos que demandam a construção de um instrumental teórico específico. De um lado, o *mundo natural* é entendido como o plano existencial (mundo físico) determinado pela ocorrência de um nexos necessário (princípio da causalidade), o qual o pensamento humano meramente constata. De outro lado, o *mundo cultural*, de caráter normativo, explicável pelo princípio da imputação (relação de condição e consequência atribuída pelo homem), quando há descrição de uma relação específica estabelecida entre dois fatos diferenciados dos acontecimentos causais, em virtude de ser essa relação alheia aos fatos que descreve.<sup>16</sup>

Conectados através do princípio da causalidade, os elementos fáticos formam o sistema natural (natureza); conectados por um princípio diverso, o princípio da imputação, estes mesmos elementos formam um sistema cultural (sociedade).<sup>17</sup> Assim, ao contrário da causalidade natural, a “causalidade cultural” (leia-se: a imputação) encontra sua razão de ser apenas nas normas que transformam as ações humanas, enquanto fatos naturais, em ações humanas normativamente qualificadas,<sup>18</sup> ou seja, dotadas de um *sentido* autônomo, socialmente reconhecido. O que qualifica o

14 Idem, p. 263 e 264.

15 KELSEN, Hans [1946]. *Society and Nature: a Sociological Inquiry*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 263 e 264.

16 SGARBI, Adrian [2007]. *Hans Kelsen – Ensaio Introdutório (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 7.

17 KELSEN, Hans [1946]. *Society and Nature: a Sociological Inquiry*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. vii.

18 KELSEN, Hans [1945]. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64.

fato natural como um fato social não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pelo princípio da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui.<sup>19</sup>

Dessa forma, a simples convivência entre os indivíduos assume uma dupla dimensão: em si um fenômeno *natural*, essa convivência torna-se um fenômeno *social* pelo simples fato de ser regulamentada. A sociedade é a convivência ordenada ou, mais exatamente, a sociedade é o próprio ordenamento da convivência dos indivíduos.<sup>20</sup>

Portanto, a sociedade nada mais é do que um complexo de regras que determinam como o indivíduo deve conduzir-se em relação a outros indivíduos. Se a função de toda ordem social é ocasionar certa conduta recíproca dos indivíduos, ou seja, induzi-los a certa conduta positiva (ação) ou negativa (omissão), é justamente através dessas regras que o grupo social confere um determinado *sentido*<sup>21</sup> a determinadas condutas desejadas ou indesejadas. Tais regras são chamadas normas.<sup>22</sup>

Essas normas, entretanto, não pertencem a um único sistema. Na verdade, a sociedade é composta por diversas ordens distintas, que, em sua totalidade, formam a ordem social. Cada ordem parcial<sup>23</sup> distingue-se das demais em 2 (dois) pontos específicos: i) pela forma que cada uma busca realizar a conduta socialmente desejada; ii) pelo grau de organização da sanção institucionalizada por cada uma dessas ordens.

De fato, num primeiro momento, uma ordem normativa pode indicar ao indivíduo que a conduta conforme suas prescrições será retribuída com certas vantagens e que a conduta contrária às mesmas prescrições

19 KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

20 KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225.

21 Note-se, aqui, que a noção de norma como sentido objetivo de um ato de vontade somente seria desenvolvida na fase cética do pensamento kelseniano.

22 Idem, p. 225.

23 Impõe-se, aqui, esclarecer o seguinte: no que diz respeito à configuração das ordens normativas que compõem a sociedade, Kelsen nunca utilizou o termo “ordem parcial”, valendo-se do termo ordem (“order”) para referir-se tanto às ordens normativas parciais (direito, moral, religião) quanto à ordem normativa total (sociedade). Cf. KELSEN, Hans [1941]. **The Law as Specific Technique**. In: KELSEN, Hans [1957]. *What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 231.

será retribuída com certas desvantagens. Essa promessa de retribuição funciona como um motivo para a conduta, pois o indivíduo pode nutrir um desejo pela vantagem que se promete ou um temor da desvantagem com que se ameaça.<sup>24</sup>

Por sua vez, estas motivações para a realização de determinada conduta podem ser diretas ou indiretas. São diretas quando a simples prática do ato ou da omissão aparece como retribuição suficiente ao indivíduo. Nesses casos, quaisquer outras promessas ou ameaças são desnecessárias, pois a mera ideia de uma norma que decreta essa conduta é suficiente para a conduta em conformidade com a norma. Esse seria o caso, por exemplo, dos sistemas morais altamente desenvolvidos.<sup>25</sup>

Todavia, na realidade social, a motivação direta, isto é, a prática pelo indivíduo da ação socialmente desejada diante da simples existência da norma raramente é encontrada de forma pura.<sup>26</sup> Em alguma medida, toda obediência à norma está associada à aprovação dos semelhantes e a desobediência à desaprovação.<sup>27</sup> Essa reação do grupo à conduta do indivíduo, desejada ou repudiada, denomina-se *sanção*.

Assim é que, num segundo momento, a sanção estipulada pela ordem assume uma importância decisiva para sua caracterização. Isso porque, sob o ponto de vista realista, a diferença decisiva entre as diversas ordens não repousa na presença ou ausência de sanções. Todo e qualquer ordenamento social recorre à técnica de motivação indireta para se fazer eficaz,<sup>28</sup> sendo,

24 KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. O que é Justiça?. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225.

25 Idem, p. 226.

26 Nota-se, aqui, uma leve contradição no discurso kelseniano. Num primeiro momento, Kelsen sustenta, ao menos de maneira implícita, que: “conforme a maneira como a conduta socialmente desejada é ocasionada, podem-se distinguir vários tipos de ordens”. Logo após, Kelsen afirma que “na realidade social (a) motivação direta raramente é encontrada de forma pura. (...) A única diferença é que certas ordens sociais provêm sanções definidas, ao passo que, em outras, as sanções consistem na reação automática da sociedade, não expressamente provida pela ordem.” Ibidem, p. 225 e 226.

27 Ibidem, p. 226.

28 Neste particular, nota-se uma imprecisão no discurso kelseniano. Em sua obra inaugural, Kelsen refere-se às normas jurídicas como normas heterônomas e às normas morais como normas autônomas (sem fazer distinção entre a *moral individual* e a *moral positiva*), chegando a dizer que “tratándose de normas morais, [perde-se] de vista la diferencia formal entre el ser y el deber ser”. Mais tarde, Kelsen reconhece que todos os sistemas normativos são, em certa medida, heterônomos, porque garantidos através de sanções. Ao que parece, não há propriamente uma alteração ou contradição no pensamento de Kelsen, e sim uma imprecisão conceitual, por não ter sido feito, neste ponto, uma necessária distinção entre a *moral individual* (esta sim autônoma) e a *moral positiva* (esta, em certa medida “garantida” através de sanções), uma vez que esta distinção pode ser encontrada em outros escritos, como, por exemplo, no seu livro “*Teoria Geral do Direito e do Estado*”, de 1945, ou, ainda, no livro “*Teoria Geral das Normas*”, de 1979. Cf., respectivamente, KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 30-40; KELSEN,

em certa medida, ‘sancionado’ pela reação específica da comunidade à conduta de seus membros que corresponde à norma ou que diverge dela.

Deste modo, em que pese a natureza da motivação a que recorrem as diversas ordens, a principal diferença entre as ordens normativas é a organização e a natureza das respectivas sanções. Em primeiro lugar, enquanto no Direito a sanção aparece na forma de uma coerção socialmente organizada, a reação contra a conduta equívoca prevista por outros sistemas normativos, principalmente a moral,<sup>29</sup> não é provida pela ordem normativa nem é, se provida, socialmente organizada.<sup>30</sup>

Em segundo lugar, o Direito viabiliza sua sanção através da ameaça de coerção, isto é, da ameaça do uso da força física contra o indivíduo que praticar a conduta contrária àquela prescrita pelo Direito.<sup>31</sup> Em síntese: o Direito é uma ordem social parcial que, através da ameaça de coerção (motivação indireta), isto é, da ameaça de uso da força física monopolizada por uma instituição (Estado), garante a conduta socialmente desejada dos seus indivíduos.<sup>32</sup>

Por todo o exposto, conclui Kelsen que

*“há um elemento comum que justifica essa terminologia, que permite à palavra ‘Direito’ surgir como a expressão de um conceito com um significado social muito importante. Pois a palavra refere-se à técnica social específica de uma ordem coercitiva, que, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos asbantis da África Ocidental e o Direito da Suíça, na Europa, é essencialmente a mesma para todos esses povos que diferem tão amplamente em tempo, lugar e cultura – a técnica social que consiste em ocasionar a conduta social desejada dos homens por meio de ameaça de coerção no caso da conduta contrária.”*<sup>33</sup>

---

Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. O que é Justiça?. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230; KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 12 et KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 4.

29 Noutros sistemas normativos, como a maioria dos sistemas normativos religiosos, essa reação é fortemente institucionalizada, não havendo, *nesse particular*, grande distinção entre estas técnicas de controle social. Todavia, quanto à natureza da sanção, os sistemas normativos religiosos são de caráter *transcendental*, não havendo o uso da ameaça da força física para tutelar sua efetividade.

30 KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. O que é Justiça?. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230.

31 Idem, p. 231.

32 KELSEN, Hans [1944]. **Peace Through Law**. 3ª ed., New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 3.

33 KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. O que é Justiça?. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230.

Logo, em que pese a extraordinária diferença no espaço e no tempo entre todas as ordens sociais registradas pela história, há em todas elas um elemento comum. É justamente este elemento que permite uma caracterização teórica do Direito, permitindo que todas as ordens jurídicas sejam descritas a partir de categorias gerais. E a análise dessas categorias gerais deve ser feita de sorte a garantir uma pureza metodológica que exclua todos os elementos estranhos à sua descrição.

## 2. ENTRE FATOS E VALORES: O CAMINHO PERCORRIDO PELA TEORIA PURA DO DIREITO PARA A DELIMITAÇÃO DO SEU OBJETO

Como visto, Kelsen sempre reconheceu a realidade complexa assumida por essa técnica social, denominada Direito. Isso explicaria, até certo ponto, a confusão entre a ciência do Direito e outras ciências, como a Psicologia e a Sociologia, como a Ética e a Teoria Política, pois essas ciências se referem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito.<sup>34</sup> Não obstante, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade deve partir do pressuposto de que o Direito possui, nessa complexidade, uma realidade própria e um objeto bem definido: a legalidade autônoma de uma esfera de sentido.<sup>35</sup> De certo modo, é possível dizer que o Direito está *conectado* com a realidade social sem, no entanto, *pertencer* a ela.<sup>36</sup>

Entretanto, por dezenas de séculos, a teoria jurídica seguiu caminhos seguros e bem definidos, ignorando por completo a especificidade do seu objeto e imiscuindo-se nos domínios de outras ciências. De um lado, acompanhando a tradição metafísica, a escola do direito natural indicava o fundamento do Direito na *razão* humana. De outro lado, amparado nas lições da filosofia cética, o positivismo jurídico apontava a *vontade* como o seu fundamento. Cada uma dessas posições era reforçada diante da resposta dada a outras 02 (duas) questões.<sup>37</sup>

34 KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 3.

35 Idem, p. 113.

36 HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxi.

37 PAULSON, Stanley [1998]. **Introduction**. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. xxxi.

A primeira delas diz respeito à relação entre Direito e Moral. Para o jusnaturalismo, uma vez que a *razão* poderia acessar os princípios universais que devem pautar a conduta humana, os sistemas normativos (incluindo-se, aqui, o Direito) somente poderiam ser considerados válidos se fossem compatíveis com tais princípios.<sup>38</sup> Se todos os sistemas normativos podem ser identificados pela razão humana, ou seja, se todos eles decorrem de um único fundamento último, entre os sistemas jurídico e moral – e, portanto, entre o Direito e a Moral –, deve ser reconhecida uma conexão conceitual necessária (*morality thesis*), sendo artificial qualquer visão dualista.

Já para o positivismo jurídico, a validade de uma norma jurídica independeria de sua compatibilidade com outros sistemas normativos, em geral, e com a Moral, em particular. Desse modo, uma vez que os sistemas normativos são construções arbitrárias da *vontade* humana,<sup>39</sup> o sistema jusnormativo deve ser identificado através de suas fontes sociais,<sup>40</sup> e não pela sua compatibilidade com outros sistemas normativos (*separation thesis*), devendo ser afirmada a autonomia conceitual do Direito em relação a outros sistemas normativos.

A segunda, por sua vez, diz respeito à natureza do Direito. Para o jusnaturalismo, a natureza do Direito era, sem dúvida, normativa. Uma vez que a razão poderia conhecer as normas que regulam a conduta humana, não seria admissível que esta (conduta) contrariasse aquela (norma).

38 STRUCHINER, Noel [2005]. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo.** In: MAIA, António Cavalcanti et alii (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 400.

39 Nesse ponto, convém esclarecer que o objeto de estudo da filosofia moral divide-se, basicamente, em 03 (três) ramos: i) a ética normativa, que busca identificar construções filosóficas que estruturam sistemas normativos destinados a nortear a conduta humana; ii) a ética aplicada, que se ocupa de questões concretas e vitais da ação humana, forçando uma adaptação ou modificação dos sistemas éticos identificados pela ética normativa; e iii) a *metaética*, que tem por finalidade discutir se os fundamentos da moral são racionais ou sentimentais, isto é, se estamos veiculando conhecimento verdadeiro ou se estamos simplesmente dando vazão aos nossos sentimentos, emoções ou preferências. Note-se que o reconhecimento de sistemas éticos (ética normativa), ou de seu desenvolvimento (ética aplicada), não depende de uma postura metaética positiva (ou cognitivista). Assim sendo, embora seja possível identificar, em qualquer sociedade, determinado sistema normativo ético (objeto da ética normativa), ou mesmo analisar seu desenvolvimento prático (ética aplicada), o fundamento último da moral, para os não cognitivistas (e, também, para a maioria dos positivistas), é sempre de caráter irracional (postura metaética negativa). O ceticismo da posição positivista, como bem nota Alf Ross, “(...) *não se refere à moral, mas sim à lógica do discurso moral; não se refere à ética, mas sim à metaética.*” Respectivamente: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de [2004]. *Ética: uma Questão de Invenção ou de Descoberta?*. In: ROUANET, Luiz Paulo et alii (Org.). *Razão Mínima*. São Paulo: Unimarco, 2004, p. 12 e 13 e ROSS, Alf [1969]. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos.** México DF: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 21.

40 STRUCHINER, Noel [2005]. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo.** In: MAIA, António Cavalcanti et alii (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 410.

A norma é uma verdadeira *ordem* (leia-se: imperativo), coagindo a vontade humana a escolher o que a razão reconhece como praticamente necessário, ou seja, como bom.<sup>41</sup> As regras do dever-ser obtidas pela razão configuravam verdadeiros imperativos, e essas *normas* eram, justamente, o seu objeto (*normativity thesis*).

Em sentido contrário, o positivismo jurídico anterior a Kelsen, ainda não completamente emancipado da Escola Histórica do Direito,<sup>42</sup> reduzia o Direito à faticidade vigente nas relações sociais e negava sua dimensão normativa. Em última instância, toda ciência baseia-se no estudo de  *fatos* e, portanto, para o positivismo jurídico, a ciência do Direito deveria ter por objeto o comportamento do homem em sociedade (fatos empíricos) e nada mais.<sup>43</sup> A definição do Direito dependeria, assim, exclusivamente da análise dos fatores sociais que permitiram sua criação, e não de considerações valorativas sobre a conduta do homem em sociedade (*facticity thesis*).<sup>44</sup>

Essas posições sempre foram consideradas incompatíveis entre si. Ou o Direito era considerado (i.a.) um sistema normativo (i.b.) intrinsecamente relacionado com a Moral (posição jusnaturalista), ou (ii.a.) o encaideamento de fatos sociais (ii.b.) sem qualquer conexão necessária com os demais sistemas normativos (posição positivista). Qualquer busca por uma terceira via estava fadada ao insucesso.

Eis, justamente, o desafio lançado por Kelsen. De um lado, sua Teoria Pura do Direito vai aceitar a tese da separação, afirmando, em conso-

41 ABBAGNANO, Nicola [1971]. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 545.

42 A Escola Histórica do Direito surgiu na Alemanha no início do século XIX. Esse movimento afirmava o sentido irracional da história (em contraposição à interpretação racionalista e universalista dos iluministas, em geral, e dos jusnaturalistas, em particular) e concentrava seus estudos na produção normativa de seu país. Suas vigorosas críticas contra o jusnaturalismo serviram de base epistemológica ao positivismo jurídico, embora apresente teses incompatíveis com este, como a crítica da centralização normativa nas mãos do Estado, a defesa do papel determinante dos costumes específicos da cultura de cada país (*Volksgeist* ou “espírito do povo”) e o papel central da doutrina na sistematização do Direito. Cf. BOBBIO, Norberto [1969]. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 45; DIMOULIS, Dimitri [2006]. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 70.

43 KELSEN, Hans [1959]. **Uma Teoria “Realista” y la Teoria Pura Del Derecho**. In: *Contribuciones a la Teoria Pura del Derecho*. México DF: Distribuciones Fontamara, 2003, p. 10.

44 Esses 2 (dois) pares de teses também podem ser descritos nos termos da distinção entre *ser* (*is, Sein*) e *dever-ser* (*ought, Sollen*). Segundo Stanley Paulson, “the distinction is systematically ambiguous; on one reading, ‘is’ and ‘ought’ take their values from the first pair of thesis, on another reading, from the second pair. Thus, from the standpoint of the separation and morality theses, norms of the law belong to ‘is’, and norms or morality, to ‘ought’, while, from the standpoint of the normativity and facticity theses, legal norms belong to ‘ought’, and concatenations of fact, which are contrasted with legal norms, to ‘is!’” Paulson, Stanley [1998]. **Introduction**. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. xxxi.

nância com a tradição positivista, que o Direito não mantém qualquer relação necessária com a Moral. Esse é, sem dúvida, o seu ponto de partida. Todavia, em frontal ruptura com essa mesma tradição, Kelsen vai assumir uma posição até então exclusivamente jusnaturalista: a de que o Direito *possui* uma dimensão normativa.<sup>45</sup>

Para Kelsen,<sup>46</sup> essa dimensão normativa do Direito encontra o seu fundamento filosófico no dualismo metodológico<sup>47</sup> da Escola Neo-Kantiana de Marburg,<sup>48</sup> mais especificamente na distinção entre (i) mundo dos fatos (*ser*), objeto das ciências naturais e explicado nos termos da causalidade, e (ii) mundo dos valores (*dever-ser*), objeto das ciências do espírito (leia-se: culturais) e explicado nos termos da imputação de sentido aos atos ou fatos naturais pela vontade humana.

Assim, para a Teoria Pura do Direito, o ato que cria uma norma jurídica é, sem dúvida, um fato (“*is-fact*”, *Seinstatsache*).<sup>49</sup> Todavia, o sentido objetivo desse ato, isto é, a norma jurídica (*dever-ser*), possui uma realidade autônoma na esfera cultural (*ser*). Ao conciliar a separação entre o Direito e a Moral (*separation thesis*) com a dimensão normativa do Direito (*normativity thesis*), sua Teoria Pura do Direito funcionou como um meio-termo<sup>50</sup> entre as tradições jusnaturalistas e juspositivistas, tornando possível a explicação do Direito de forma independente dos fatos que lhe deram origem.<sup>51</sup>

Através dessas referências metodológicas, Kelsen acaba por instaurar uma “dupla pureza”<sup>52</sup> na ciência do Direito. De um lado, a adesão à

45 Todavia, enquanto Kelsen entendia que o Direito *possui* uma dimensão normativa, a tradição jusnaturalista afirmava que o Direito é um sistema normativo.

46 KELSEN, Hans [1933]. **The Pure Theory of Law, “Labandism” and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves.** In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 27-33.

47 Essa dualidade entre natureza e sociedade foi, justamente, o objeto de análise do item precedente, para o qual, diante de eventuais dúvidas, remete-se o leitor.

48 A denominada Escola Neo-Kantiana de Marburg tinha como seu maior expoente o filósofo Hermann Cohen (1842-1918). Inclusive, ao que parece, um dos seus livros, Ética da Vontade Pura (“*Ethik des reinen Willens*”), serviu de inspiração para a denominação da teoria jurídica de Hans Kelsen. In: MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra.** Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 15.

49 KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law.** Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 211.

50 Note-se, aqui, que Kelsen expressamente caracterizou sua teoria como um meio-termo (*middle-way*, *Mittelweg*) entre as tradições jusfilosóficas. KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law.** Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 211.

51 PAULSON, Stanley [1998]. **Introduction.** In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. xxxii.

52 RAZ, Joseph [1981]. **The Purity of the Pure Theory.** In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 238.

tese da separação entre o Direito e a Moral permite uma pureza *axiológica* (ou *valorativa*) da ciência do Direito: ao assumir uma posição exclusivamente descritiva do Direito, a ciência do Direito passa a ter por objeto específico o Direito Positivo (ou Real), e não o Direito Ideal, objeto da política.<sup>53</sup> Note-se, todavia, que sua Teoria Pura propõe-se a *delimitar* o Direito no que diz respeito aos valores, e não *eliminar*<sup>54</sup> toda e qualquer consideração moral *sobre* ou *a partir* do Direito.<sup>55</sup>

De outro, a adesão à tese da normatividade, permite que a Teoria Pura do Direito alcance uma pureza *sociológica*. Nesse passo, sem negar a possibilidade de uma ou mais ciências que estude o Direito de acordo com seus fatores sociais,<sup>56</sup> a sua ciência do Direito pretende ser uma *Teoria Pura* do Direito Positivo, e não uma Teoria do *Direito Puro*,<sup>57</sup> ou seja, de um Direito desligado da realidade.<sup>58</sup>

Assim, segundo o próprio Kelsen,

*“quando esta doutrina é chamada de ‘teoria pura do Direito’, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação.”*<sup>59</sup>

53 KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xxix.

54 LOSANO, Mario [1976]. **Introdução**. In: KELSEN, Hans [1960]. O Problema da Justiça. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xiv.

55 “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como *bem comum, interesse do Estado, progresso etc.*” KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393.

56 “The law may be the object of different sciences; the Pure Theory of Law has never claimed to be the only possible or legitimate science of law. Sociology of law and history of law are others. They, together with the structural analysis of law, are necessary for a complete understanding of the complex phenomenon of law.” KELSEN, Hans [1948]. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law**. In: KELSEN, Hans [1957]. What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 294.

57 “La despolítica que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia del derecho no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor. Pero la ciencia del derecho puede y debe ser separada de la política si es que pretende valer como ciencia. (...) La teoría pura del derecho es una teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro (...)” KELSEN, Hans [1953]. ¿Que es la Teoría Pura del Derecho? Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Mexico DF: Distribuciones Fontamara, 1991, p. 29 e 30.

58 LOSANO, Mario [1966]. **Introdução**. In: KELSEN, Hans [1960]. O Problema da Justiça. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xvi.

59 KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xxviii.

Se a ciência do Direito quiser se libertar das demais esferas do conhecimento e ver respeitada a sua autonomia, ela precisa delimitar o seu objeto com a máxima precisão.<sup>60</sup> Logo, continua Kelsen,

*“quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face [de outras] disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.”*<sup>61</sup>

Impõe-se reconhecer que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen sempre buscou delimitar, com clareza, o seu objeto de cognição.<sup>62</sup> Em que pese as suas constantes mudanças e evoluções, esta sempre teve um objetivo bem definido, desde sua obra inaugural<sup>63</sup> até sua obra póstuma<sup>64</sup>: estabelecer a norma jurídica como objeto da ciência do Direito. Logo, seu objeto não são os fatos sociais ou a valoração dada a esses fatos,<sup>65</sup> mas sim uma esfera autônoma de sentido: a *norma jurídica*. O que transforma um fato natural num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui.<sup>66</sup>

60 KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law.** Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 8.

61 KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 2.

62 “*The Pure Theory of Law seeks to delimit clearly the object of its cognition*”. In KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law.** Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 8.

63 “*La jurisprudencia, la ciencia del derecho, figura, décimos, entre las disciplinas normativas (...) El carácter normativo de la jurisprudencia se manifiesta (...) por cuanto que versa sobre normas (...) de las cuales tiene que derivar sus conceptos jurídicos especiales.*” KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado.** Trad. Wenceslao Roces. México D.F., Editorial Porrúa, 1987, p. 6.

64 “*Nella lingua tedesca non c’è neanche un nome diverso da termine ‘logica’, come nome di una scienza, per le norme che costituiscono l’oggetto della scienza che descrive queste norme, come invece esiste il nome ‘morale’ per le norme che costituiscono l’oggetto dell’etica e il nome ‘diritto’ per le norme che costituiscono l’oggetto della scienza del diritto.*” KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme.** Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 3.

65 De acordo com o próprio Kelsen, a pureza de sua teoria é assegurada em 2 (duas) direções: i) “*it is to be secured against the claims of a so-called ‘sociological’ point of view, which uses the methods of the causal sciences to appropriate the law as a part of nature*”; ii) “*to be secured against the claims of the natural law theory, which (...) takes legal theory out of the realm of positive legal norms and into the realm of ethico-political postulates.*” KELSEN, Hans [1923]. **Foreword to the Second Printing of *Main Problems in the Theory of Public Law.*** In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes.* Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 3-4.

66 KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

Assim, quando a Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra a sua visualização sobre as normas jurídicas, e não sobre fatos da ordem do ser (quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado), ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que esses fatos são o conteúdo de *normas jurídicas*, quer dizer, na medida em que são determinados por *normas jurídicas*.<sup>67</sup> Eis, portanto, o objeto de sua teoria jurídica.

### 3. NORMA JURÍDICA: EVOLUÇÃO CONCEITUAL

Definido o objeto da ciência jurídica, a *norma jurídica* (apenas uma das dimensões do Direito, e não o Direito como um todo), Kelsen iria enfrentar um outro desafio: apresentar um conceito de norma jurídica compatível com as exigências de pureza por ele mesmo lançadas. Essa tarefa foi desempenhada naquelas que podem ser consideradas as principais obras da Teoria Pura do Direito, a saber: i) *Problemas Fundamentais da Teoria do Direito Público*,<sup>68</sup> de 1911; ii) *Teoria Geral do Estado*,<sup>69</sup> de 1925; iii) *Teoria Pura do Direito* (1ª Edição),<sup>70</sup> de 1934; iv) *Teoria Geral do Direito e do Estado*,<sup>71</sup> de 1945; v) *Teoria Pura do Direito*

67 KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 113.

68 Publicação original: KELSEN, Hans [1911]. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelten aus der Lehre vom Rechtssatze**. Tübingen: JCB Mohr, 1911, 719p. O presente estudo teve por base as traduções para o espanhol e para o italiano. Respectivamente: KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoria Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. México D.F., Editorial Porrúa, 1987 e KELSEN, Hans [1911]. **Problemi Fondamentali della Dottrina Del Diritto Pubblico**. Trad. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

69 Publicação original: KELSEN, Hans [1925]. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Julius Springer, 1925, 433p. O presente estudo teve por base a tradução para o idioma espanhol: KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934.

70 Publicação original: KELSEN, Hans [1934]. **Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik**. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934, 236p. O presente estudo teve por base a tradução para a língua inglesa: KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997.

71 Publicação original: KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945, 516p. O presente estudo teve por base a edição original, bem como as traduções para o português e espanhol, respectivamente: KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949; KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998 e KELSEN, Hans [1945]. **Teoria General del Derecho y del Estado**. Trad. Eduardo García Máynez. Mexico DF: Editorial Porrúa, 2005.

(2ª Edição),<sup>72</sup> de 1960; e vi) *Teoria Geral das Normas*,<sup>73</sup> obra póstuma editada e publicada em 1979.

Logo na obra inaugural da Teoria Pura do Direito, Kelsen iria questionar a doutrina tradicional que enxergava a norma jurídica como um imperativo, como uma ordem estatal dirigida ao súdito. Isto porque essa concepção decorria de um “lamentável antropomorfismo”<sup>74</sup> na construção dos conceitos científicos. Uma ordem pressupõe uma vontade, o que, em sede estritamente teórica, é uma ficção insustentável, já que o Estado não é dotado de uma existência psicofísica semelhante aos dos seres humanos.

Assim é que, na obra de 1911, a norma jurídica foi apresentada como um *juízo hipotético*, de sorte que a norma jurídica teria, ao contrário do que sustentava a teoria jurídica tradicional, uma estrutura condicional, ligando uma *condição* (ou *causa*) a uma *consequência* (ou *efeito*). Sob o ponto de vista formal, toda e qualquer norma jurídica possuiria, na verdade, uma estrutura única, podendo ser sempre *reconstruída* nos termos de uma *proposição jurídica*. Outrossim, o reconhecimento da sanção como um elemento integrante da norma jurídica denotaria que a mesma tem por função criar uma obrigação para o próprio Estado, e não impor uma determinada conduta aos indivíduos. Com essas modificações teóricas, o Direito Positivo fora concebido, pela primeira vez, como *o conjunto de normas que regulam o poder coercitivo do Estado*.

Na obra de 1925, a proposta inicial ganha complexidade, pois a estrutura condicional da proposição jurídica poderia ser desdobrada numa série de proposições parciais, representadas por 2 (duas) espécies de normas, das quais apenas a primeira teria relevância para a ciência do Direito: i) as *normas primárias*, que estabelecem a condição para o ato coercitivo

72 Publicação original: KELSEN, Hans [1960]. **Reine Rechtslehre – Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Zweite, völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.** Wien: Franz Deuticke, 1960, 534 p. A base do presente estudo foi formada a partir das traduções para o português, inglês e espanhol, respectivamente: KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999; KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law.** Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967 e KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura del Derecho.** Trad. Roberto Vernengo. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 2005.

73 Publicação original: KELSEN, Hans [1979]. **Allgemeine Theorie der Normen – Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter.** Wien: Manz, 1979, 362p. O presente estudo teve por base as traduções para os idiomas inglês, italiano e espanhol, respectivamente: KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms.** Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991; KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme.** Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985 e KELSEN, Hans [1979]. **Teoria General de las Normas.** Trad. Hugo Carlos Delory Jacobs. Mexico DF: Trillas, 1994.

74 KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capatales de la Teoria Jurídica del Estado.** Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 57.

(“ $M$  [ou  $M^*$ ] +  $E$ , deve ser  $Z \rightarrow M$ ”); e ii) as *normas secundárias*, cujo conteúdo é a condição ou a série de condições que não têm como consequência um ato coercitivo, expressa através da conduta devida para *evitar* o ato coercitivo (“*faça X!*; *não faça X!*”).

Além disto, Kelsen reconheceu que o Direito também poderia ser analisado sob uma perspectiva dinâmica. Assim, ao lado da concepção estática, que parte da análise da ordem jurídica já acabada e orientada pelo ato coercitivo, o Direito poderia ser descrito como uma *função de criação jurídica*, sendo possível afirmar que todas as “funções” estatais estão inseridas numa estrutura hierárquica de diversos graus de criação jurídica, de sorte que cada uma das “funções” de criação *limita e está limitada* pelo exercício de uma outra “função”. Dispostas de modo escalonado, as normas do nível superior delimitam um fato que constitui a criação do Direito num grau inferior, de modo que até mesmo os atos de individualização devem ser reconhecidos como normas jurídicas.

Já na obra de 1934, aparece, pela primeira vez, a definição da norma jurídica como o “sentido objetivo de um fato”. Essa ideia, introduzida na obra de 1925 apenas para justificar a impossibilidade do ilícito estatal, agora assume uma posição fundamental na sua teoria jurídica: se antes a norma jurídica apenas conferia o sentido objetivo a um fato natural, a partir de agora é, *ela mesma*, o sentido objetivo atribuído a outro fato por uma outra norma jurídica.

Com essa inovação teórica, também foi possível conferir um tratamento unitário à sua teoria jurídica, composta por 2 (duas) partes: i) a *estática jurídica*; e ii) a *dinâmica jurídica*. De fato, se até então ambas as partes apresentavam aspectos incompatíveis e contraditórios, a partir de agora essas dimensões da realidade jurídica poderiam ser reduzidas a uma noção unitária, pois, ao mesmo tempo, a norma jurídica (i) “é” o sentido objetivo de um fato natural, porque recebe seu significado de uma outra norma jurídica, e (ii) “conferir” o sentido objetivo a outro fato natural, porque constitui um *esquema de interpretação*.

A obra de 1945, por seu turno, finalmente esclareceu que *normas jurídicas* e *proposições jurídicas* formam realidades distintas: i) as primeiras são o produto da função de criação jurídica; e ii) as segundas são os enunciados formulados pela ciência jurídica sobre as normas jurídicas. Com

isso, o viés *reconstrutivista* da Teoria Pura do Direito ficou definitivamente prejudicado em favor de uma formulação passiva, meramente *descritiva*, em que a ciência jurídica nada reconstrói ou reformula, mas apenas *descreve* seu objeto.

Outrossim, nesse momento foi apresentada a tese de que as normas constitucionais são meras partes das normas gerais e teriam por finalidade inserir em todas as normas gerais uma “matéria constitucional”, designada como *cláusula “se”*. Essa cláusula indicaria que, além da função de verificar a ocorrência efetiva da condição de fato prevista pela norma jurídica (*quaestio facti*), o órgão aplicador do Direito também deve verificar se a norma geral a ser aplicada é válida, se ela foi criada do modo previsto pela Constituição (*quaestio juris*).

Não obstante, não havia, até então, uma resposta satisfatória para alguns graves problemas da Teoria Pura do Direito, a saber: i) como compatibilizar as funções de regular os atos coercitivos e a função de regular a criação jurídica?; ii) qual é a natureza da obrigação criada pela norma jurídica à autoridade responsável por aplicar a sanção? Essas questões têm um ponto em comum: a noção de que a norma jurídica cria uma obrigação (ou dever) de aplicar a sanção dirigida à autoridade competente, ponto este que sofreria uma profunda revisão na obra de 1960.

Essa revisão tem como ponto central a noção de que a norma jurídica não cria uma obrigação ao Estado. Na verdade, quando uma norma jurídica prevê a aplicação de uma *consequência* (ou *efeito*) a uma *condição* (ou *causa*), ela está atribuindo a uma pessoa um *poder jurídico*, ou seja, uma *autorização* para a aplicação da sanção.

Além disso, a obra de 1960 introduziu um acréscimo relevante na definição da norma jurídica. Mais do que o mero sentido de um ato qualquer, a norma jurídica passa a ser definida como o *sentido objetivo de um ato de vontade*. Com essa alteração, a sua definição passa a apresentar 2 (duas) partes: a norma jurídica é (i) o *sentido objetivo de um ato* e, por sua vez, esse ato é (ii) um *ato de vontade*. De um lado, a ideia de que a norma jurídica, ao mesmo tempo, “é” e “*conferir*” um sentido objetivo a um fato (ou ato) já havia sido incorporada à Teoria Pura do Direito na obra de 1934. Para ser entendido como *norma jurídica*, o sentido de um fato deve ser avalizado por uma outra norma jurídica. Pouco importa, assim, outros sentidos possíveis

ou mesmo o sentido eventualmente atribuído por outras fontes: apenas o sentido conferido por uma outra norma jurídica qualifica um determinado sentido como norma jurídica. De outro lado, a segunda parte da definição indica, de forma inédita, que um sentido objetivo avalizado por uma norma jurídica somente pode ser conferido a um *ato de vontade*. E os atos de vontade, por sua vez, têm por finalidade (i) *autorizar*, (ii) *permitir* ou (iii) *prescrever* (*comandar, ordenar*) uma determinada conduta.

Outro importante avanço da obra de 1960 é a apresentação de elementos suficientes para a distinção entre a *estática jurídica* e a *dinâmica jurídica*. Logo, se a norma jurídica pode ser definida de forma integral como o sentido objetivo de um ato de vontade, para a teoria dinâmica, essa vontade *prescreve* ou *permite* uma conduta, através da imposição de uma sanção dirigida contra a conduta contrária, e para a teoria dinâmica, essa mesma vontade confere a uma outra manifestação de vontade a natureza de norma jurídica, através da atribuição de um *poder jurídico*.

Todavia essa obra deixou 2 (duas) importantes perguntas. A primeira delas é a seguinte: o que significa dizer que uma norma é o sentido de um ato de vontade? A resposta dada pela obra de 1979 é que haverá uma *norma* sempre que houver um ato de vontade com *pretensões* normativas, ou seja, sempre que uma pessoa prescrever um estado ideal de conduta (dever-ser e o seu conteúdo) a um certo destinatário. Já a qualificação dessa *norma* como *norma jurídica* (leia-se: a sua validade dentro de um ordenamento específico, a sua específica existência) pressupõe que o sentido subjetivo do respectivo ato de vontade seja reconhecido (ou autorizado) por uma outra norma jurídica.

Já a segunda pergunta indaga se as diversas funções são exercidas por uma única norma jurídica ou por normas jurídicas distintas. A resposta encontrada na obra póstuma de Kelsen é que, enquanto a *função prescritiva* é veiculada por uma *norma primária*, a função de conferir um *poder jurídico*, através da possibilidade de aplicação de um ato coercitivo, é materializada por uma *norma secundária*.

Além disso, Kelsen efetuou alguns ajustes na sua teoria da norma fundamental (que passa a ser entendida como uma ficção) e incluiu a derrogação entre as funções reconhecidas às normas jurídicas. Enquanto a norma básica passa a ser concebida como o sentido objetivo de um ato de

vontade fictício, meramente pensado, dotada de uma finalidade exclusivamente cognitiva, a derrogação é entendida como uma função de extinguir prescrições e permissões criadas por outras normas jurídicas.

#### 4. POR UMA DEFINIÇÃO DE NORMA JURÍDICA NA TEORIA PURA DO DIREITO

Feita essa breve digressão histórica, a norma jurídica pode ser definida no estágio final de desenvolvimento da Teoria Pura do Direito como *o sentido de um ato de vontade que, reconhecido por outra norma jurídica, veicula um dever-ser composto por (a) uma norma primária, que cria um dever jurídico e tem por conteúdo (i) a prescrição ou (ii) a permissão de uma determinada conduta ou, ainda, (iii) a derrogação de uma outra norma jurídica, e (b) uma norma secundária, que cria um poder jurídico e tem por conteúdo (iv) a autorização para a aplicação de um ato coercitivo.*

Dizer que a norma jurídica é o “*sentido de um ato de vontade que veicula um dever-ser*” indica que não é qualquer ato que pode assumir a natureza de uma norma jurídica, mas apenas um *ato de vontade* que, *pretendido* pelo emissor e *compreendido* pelo destinatário, gera uma situação de *sujeição*.

“*Autorizado por outra norma jurídica*” porque, se todo e qualquer ato de vontade que veicula um dever-ser gera uma *norma*, a sua qualificação como *norma jurídica* pressupõe que o sentido subjetivo desejado pelo emissor seja compatível com outra norma jurídica.

A expressão “*um dever-ser composto por uma norma primária (...) e uma norma secundária*” demonstra que há, em qualquer situação, 2 (dois) destinatários da norma jurídica, a saber: i) um *indireto*, que é a pessoa sujeita ao ato coercitivo, caso pratique a conduta contrária daquela descrita; ii) um *direto*, que é o agente estatal responsável pela aplicação do ato coercitivo.

“*Norma primária que cria um dever jurídico*” porque, de um lado, a norma jurídica cria uma obrigação para o súdito através da estipulação de uma sanção (*consequência* ou *efeito*) para a realização da conduta contrária àquela descrita por ela (*condição* ou *causa*).

“*Norma secundária que cria um poder jurídico e tem por conteúdo (iv) a autorização para a aplicação de um ato coercitivo*” porque, de outro lado, a norma jurídica não cria uma obrigação de aplicação do ato coercitivo, mas uma mera autorização, pois não há, em princípio, uma sanção prevista para o caso da não aplicação. Caso haja uma outra sanção estabelecida para a sua

não aplicação, a sua aplicação será o conteúdo de uma outra norma primária que obriga o seu destinatário a fazê-lo, tornando-o passível da aplicação de um outro ato coercitivo pelo destinatário de outra norma secundária.

Já a expressão “*tem por conteúdo (i) a prescrição ou (ii) a permissão de uma determinada conduta*” indica que a norma primária pode (i) regulamentar uma conduta de forma *ativa*, quando a um indivíduo é determinada a realização ou a omissão de um determinado ato, ou (ii) regulamentar uma conduta de uma forma *passiva*, quando se limita a incidência de uma norma proibitiva de determinada conduta através de uma outra norma, que permite a conduta proibida ou, ainda quando uma conduta, não sendo proibida pelo ordenamento jurídico, também não é positivamente permitida por uma norma delimitadora do âmbito de validade de outra norma proibitiva.

A expressão “*tem por conteúdo (...) (iii) a derrogação de uma outra norma jurídica*” demonstra que o conteúdo do ato de vontade também pode ter por finalidade fulminar a validade de uma outra norma jurídica, estatuidando um *dever-ser negativo*.

Essa definição completa apresenta alguns problemas, por óbvio, notadamente por incorporar elementos da obra póstuma de 1979, obra esta baseada em anotações de Kelsen e que, por isso, não receberam um tratamento definitivo pelo próprio autor. No entanto, pode servir de um guia para futuros estudos dos interessados pelo pensamento de Hans Kelsen.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por necessidade de síntese didática, verifica-se que as ideias desenvolvidas no presente texto podem ser condensadas em proposições objetivas, a saber:

1. Kelsen dedicou toda sua vida ao projeto de desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural.

2. Embora formem uma única realidade fática, natureza e sociedade correspondem a diferentes sistemas. Por isso, são objetos que demandam a construção de um instrumental teórico específico para seu estudo.

3. O *mundo natural* corresponde ao mundo físico. Suas relações são determinadas pelo princípio da causalidade, o qual o pensamento humano meramente constata.

4. Já o *mundo cultural* tem natureza normativa. Suas relações são explicadas através da imputação, onde uma vontade atribui determinado sentido ao fato natural.

5. Embora o ato que cria uma norma jurídica seja um fato, o seu sentido objetivo, isto é, a norma jurídica (*dever-ser*) possui uma realidade autônoma na esfera cultural.

6. A adesão à tese da separação (entre o Direito e a Moral) permite uma pureza *axiológica* (ou *valorativa*) da ciência do Direito.

7. De outro lado, a adesão à tese da normatividade (o Direito não se resume a um fato social), permite que a Teoria Pura do Direito alcance uma pureza *sociológica*.

8. Essa “esfera autônoma de sentido”, mais especificamente, a *norma jurídica* é, para Hans Kelsen, o objeto da ciência do Direito.

9. Norma jurídica é o sentido de um ato de vontade que, reconhecido por outra norma jurídica, veicula um dever-ser composto por (a) uma norma primária, que cria um dever jurídico e tem por conteúdo (i) a prescrição ou (ii) a permissão de uma determinada conduta ou, ainda, (iii) a derrogação de uma outra norma jurídica, e (b) uma norma secundária, que cria um poder jurídico e tem por conteúdo (iv) a autorização para a aplicação de um ato coercitivo.

## BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola [1971]. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BOBBIO, Norberto [1969]. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de [2004]. Ética: uma Questão de Invenção ou de Descoberta?. In: ROUANET, Luiz Paulo *et alli* (Org.). Razão Mínima. São Paulo: Unimarco, 2004.

DIMOULIS, Dimitri [2006]. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006.

HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

KELSEN, Hans [1911]. **Hauptprobleme der Sttatsrechtslehre, entwickelten aus der Lehre vom Rechtssatze**. Tübingen: JCB Mohr, 1911.

KELSEN, Hans [1911]. **Problemi Fondamentali della Dottrina Del Diritto Pubblico**. Trad. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987.

KELSEN, Hans [1923]. **Foreword to the Second Printing of *Main Problems in the Theory of Public Law***. In: PAULSON, Stanley *et* PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KELSEN, Hans [1925]. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Julius Springer, 1925.

KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934.

KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Jorge G. Tijerina. 2ª ed., Buenos Aires: Posada, 1941.

KELSEN, Hans [1933]. **The Pure Theory of Law, “Labandism” and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves**. In: PAULSON, Stanley *et* PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KELSEN, Hans [1934]. **Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik**. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934.

KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law.** Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997.

KELSEN, Hans [1941]. **The Law as Specific Technique.** *In:* KELSEN, Hans [1957]. What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.

KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica.** *In:* KELSEN, Hans [1957]. O que é Justiça?. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans [1944]. **Peace Through Law.** 3ª ed., New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.

KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State.** Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado,** Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans [1945]. **Teoria General del Derecho y del Estado.** Trad. Eduardo García Máynez. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 2005. KELSEN, Hans [1946]. **Society and Nature: a Sociological Inquiry.** New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.

KELSEN, Hans [1948]. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law.** *In:* KELSEN, Hans [1957]. What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.

KELSEN, Hans [1953]. ¿Que es la Teoría Pura del Derecho? Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Mexico DF: Distribuciones Fontamara, 1991.

KELSEN, Hans [1959]. **Uma Teoria “Realista” y la Teoria Pura Del Derecho.** *In:* Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. México DF: Distribuciones Fontamara, 2003.

KELSEN, Hans [1960]. **Reine Rechtslehre – Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Zweite, völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.** Wien: Franz Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law.** Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967

KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura del Derecho.** Trad. Roberto Vernengo. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 2005.

KELSEN, Hans [1979]. **Allgemeine Theorie der Normen – Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter.** Wien: Manz, 1979.

KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms.** Oxford: Clarendon Press, 1991.

KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme.** Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985.

KELSEN, Hans [1979]. **Teoría General de las Normas.** Trad. Hugo Carlos Delory Jacobs. Mexico DF: Trillas, 1994.

LOSANO, Mario [1976]. **Introdução.** In: KELSEN, Hans [1960]. O Problema da Justiça. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra.** Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976.

PAULSON, Stanley [1998]. **Introduction.** In: PAULSON, Stanley *et* PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998.

RAZ, Joseph [1981]. **The Purity of the Pure Theory**. *In*: PAULSON, Stanley *et* PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ROSS, Alf [1969]. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. México DF: Distribuciones Fontamara, 2001.

SGARBI, Adrian [2007]. **Hans Kelsen – Ensaaios Introdutórios (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

STRUCHINER, Noel [2005]. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. *In*: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (Org). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

# Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do Libertarianismo à Filosofia Constitucional

**Rodrigo Brandão**

*Professor-adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (graduação, mestrado e doutorado). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio Rodrigo Brandão Advogados.*

“Dar dinheiro e poder ao governo é o mesmo que dar whisky e carros potentes a adolescentes” P. J. O’Rourke

**RESUMO:** O artigo se destina a tratar das relações entre o libertarianismo e a Teoria da Constituição, com destaque à obra de dois filósofos libertários: Robert Nozick e Friedrich August von Hayek. Ao final, serão examinados os limites e possibilidades da aplicação da filosofia libertária à Constituição Federal de 1988.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the connections between libertarianism and constitutional theory, with emphasis on two libertarians philosophers: Robert Nozick e Friedrich August von Hayek. In conclusion, will be examined the limits and possibilities of applying libertarian philosophy to the Brazilian Federal Constitution.

**PALAVRAS-CHAVE:** Libertarianismo. Constitucionalismo. Constituição Federal de 1988. Estado do Bem-Estar Social.

**KEYWORDS:** Libertarianism. Constitutionalism. Brazilian Federal Constitution. Welfare State.

## 1. INTRODUÇÃO: OS CONTORNOS GERAIS DO LIBERTARIANISMO.

O século XX parece ter sido o século do poder estatal. Após uma progressiva afirmação da liberdade a partir da sua solene proclamação como direito natural do indivíduo nas Revoluções Burguesas (séculos XVII e XVIII), o século passado foi marcado por coletivismos dos mais diversos matizes: do comunismo de Stalin e do fascismo de Mussolini e Salazar ao nacional-socialismo de Hitler; das ditaduras militares latino-americanas e africanas aos Estados do Bem-Estar Social altamente burocratizados na Europa, etc. A crença nutrida nos anos seguintes ao segundo pós-guerra a respeito do potencial de a intervenção estatal propulsionar a economia e construir uma rede de seguridade social foi substituída, no fim dos anos setenta, pela difusão da noção de que um Estado amplo fracassara, redundando em inflação, estagnação econômica e desemprego. As técnicas dos monopólios estatais e da nacionalização das mais variadas empresas (telefonias, minérios, rádio, televisão, automóveis, etc.) revelaram que a intervenção direta do Estado na economia apresenta, recorrentemente, custos superiores e graus de eficiência e inovação inferiores aos das empresas geridas pela iniciativa privada. Mesmo em países que não se valeram tão intensamente dessas práticas, como foi o caso dos EUA, as pesadas taxação e regulação da economia contiveram drasticamente o crescimento econômico, na medida em que reduziram o incentivo do indivíduo para produzir riqueza.

A vitória da Nova Direita na Inglaterra e nos Estados Unidos, com as eleições de Margareth Thatcher (1979) e de Ronald Reagan (1980), os movimentos de desestatização (v.g. privatização, quebra de monopólios estatais, etc), de flexibilização da Administração Pública e de redução do déficit público (especialmente o previdenciário) condensados nos postulados que integram o Consenso de Washington, e a atual desilusão do cidadão a propósito das potencialidades e virtudes da política e dos políticos, parecem confluir para uma certa descrença acerca da aptidão de um Estado amplo satisfazer as expectativas - igualmente amplas - criadas com a sua instituição. Por outro lado, a superação do fascismo, do nazismo e, mais recentemente, do comunismo, e a universalização de instrumentos democráticos (eleições livres e periódicas, mecanismos de responsabilização de autoridades, liberdade de expressão e de associação partidária, etc.)

e dos institutos típicos de um constitucionalismo em sentido forte (rigidez constitucional, controle de constitucionalidade, separação de poderes, etc.) parecem erigir os regimes democrático-liberais de livre mercado como fundados na única ideologia restante, que vencera as diversas formas de coletivismo, como se tivéssemos chegado ao “Fim da História”, ante a suposta superação das grandes disputas político-ideológicas.<sup>1</sup>

A partir de um cenário assim delineado, os libertários afirmam que é chegada a hora de reencontrarmos-nos com a clássica tradição liberal. Nesse viés, o libertarianismo sustenta que todo indivíduo tem o direito de viver a vida de acordo com as suas resoluções pessoais, desde que as suas atitudes não conflitem com igual direito de outrem. Os indivíduos possuiriam, assim, direitos pré-políticos à vida, à liberdade e à propriedade, na medida em que tais direitos não apenas seriam anteriores à criação do Estado, como também representariam a sua razão de ser e pautariam o exercício legítimo da potestade pública. Dessa forma, as relações humanas deveriam se basear na consensualidade, admitindo-se apenas a proibição daquelas condutas que envolvam o emprego da força contra aqueles que não a haviam empregado anteriormente (condutas ilícitas, como o homicídio, estupro, roubo, sequestro, fraude, etc.)<sup>2</sup> Caso, todavia, o governo não se limite à tutela dos precitados direitos individuais e à contenção do uso ilegítimo da força pelos cidadãos - desempenhando atividades outras que não a segurança interna e externa, a jurisdição e demais serviços destinados à preservação da vida, liberdade e propriedade -, não procederá de forma legítima, imiscuindo-se nos direitos dos demais indivíduos.

Do que se veio de expor já se pode depreender que o *individualismo*<sup>3</sup> e o *reconhecimento do pluralismo* constituem bases fundamentais do libertarianismo. O individualismo consiste em fundamento metodológico e ético do libertarianismo: em seu primeiro aspecto, o indivíduo é reconhecido como a unidade básica de análise social, na medida em que apenas os indivíduos têm vontades, planos, intenções, capacidade de escolha, e, sobre-

1 V. FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. Destaque-se, contudo, a existência de regimes políticos extremamente distintos das democracias liberais, como o fundamentalismo islâmico e o “capitalismo autoritário” praticado em diversos países, especialmente na China. Ademais, dentro do espectro das “democracias liberais” há diversos matizes: Estados mais ou menos interventivos, mais ou menos autoritários, etc.

2 BOAZ, David. *Libertarianism*. New York: The Free Press, 1998, p. 2.

3 V. MACHAN, Tibor R. The Case for Libertarianism: Sovereign Individuals. In: *Libertarianism: for and against*. DUNCAN, Craig; MACHAN, Tibor R. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 14 et. seq.

tudo, somente as pessoas podem ser responsabilizadas por seus atos. Não são olvidados os benefícios trazidos pela possibilidade de os indivíduos interagirem entre si: trata-se do próprio fundamento da criação da sociedade civil e de um sistema institucionalizado de direitos, como salientado há muito por próceres do liberalismo, como Locke e Hume. Apenas se quer salientar que a sociedade é composta por indivíduos, não sendo um organismo dotado de existência própria; ao revés, o verdadeiro propósito da sua criação é a proteção e a promoção do bem-estar do indivíduo. A base ética ou normativa individualista do libertarianismo vincula-se precisamente a esse objetivo específico da instituição do Estado, revelando-se, de forma precisa, através da segunda formulação do imperativo categórico kantiano: todo e qualquer indivíduo, independentemente da sua função social, deve ser tratado como um fim em si mesmo, nunca como um meio para a satisfação de necessidades coletivas.<sup>4</sup>

Para melhor compreensão do individualismo, mister se faz contrastá-lo com tese que se situa no extremo oposto no espectro da filosofia política, qual seja o organicismo, base teórica de diversas formas de coletivismo. O organicismo vê o Estado como “um grande corpo composto de partes que concorrem - cada uma segundo sua própria destinação e em relação de interdependência com todas as demais – para a vida do todo, e portanto, não atribui nenhuma autonomia aos indivíduos *uti singuli*”;<sup>5</sup> Tal tese foi formulada, de forma definitiva, por Aristóteles, segundo a máxima de que o todo precede necessariamente à parte, de modo a considerar o Estado uma totalidade anterior e superior aos indivíduos. Não se concede, portanto, nenhum espaço a esferas de atuação individual independentes do todo, nem se reconhece uma clara distinção entre as esferas pública e privada. Ao contrário, o organicismo se funda numa concepção descendente de poder: “difícil imaginar um organismo em que sejam os membros a comandar, e não a cabeça”.<sup>6</sup>

O individualismo, contudo, considera o Estado como fruto das relações estabelecidas entre indivíduos isoladamente considerados, não tendo, portanto, uma existência própria, mas sendo compreendido como conjunto

4 V. KANT, Emmanuel. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Trad: Paulo Quintela. In: Os pensadores: Kant (II). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

5 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 45/46.

6 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 46

de indivíduos criado para a proteção dos seus “membros”. De acordo com a perspectiva do contrato social, o Estado “é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura.”<sup>7</sup> Assim, segundo a concepção individualista, primeiro existe o indivíduo com os seus interesses, que adquirem o *status* de direitos naturais, e depois a sociedade, de maneira que o Estado não mais é considerado um fato natural, existente independentemente da vontade dos indivíduos - como um organismo vivo -, mas algo criado artificialmente pelos indivíduos para a satisfação dos seus interesses - como se fosse uma máquina. Note-se que a versão liberal da teoria individualista afirma tratar o indivíduo como adulto, ou seja, como agente capaz de tomar decisões morais: daí extrair o indivíduo do corpo orgânico e fixar um amplo domínio - delimitado, apenas, por igual direito alheio - no qual deve prevalecer a atuação do indivíduo segundo as suas próprias convicções, afastando-se, pois, a incidência de normas estatais de caráter coercitivo nesse âmbito.

Saliente-se, por outro lado, que uma das características mais marcantes das sociedades contemporâneas é o fato do pluralismo, pois, em regimes pautados pela liberdade parece natural que as pessoas tenham diferentes concepções de vida boa e que divirjam sobre questões morais, filosóficas, religiosas, econômicas, etc. Uma reação a tal fenômeno é o perfeccionismo, segundo o qual a tarefa precípua da filosofia política consistiria no delineamento de um desenho institucional, embasado em determinada doutrina moral, que favoreça o aperfeiçoamento da natureza humana. Por exemplo, Marx propunha o pleno desenvolvimento do potencial do ser humano através do socialismo; as religiões teocráticas oferecem como resposta a tal dilema a união de todo o povo num único entendimento a respeito da sua relação com Deus; os filósofos comunitaristas aludem a valores compartilhados pela comunidade, que forjam a própria identidade dos indivíduos.<sup>8</sup> Já os liberais, para além de reconhecerem como inevitável o fato do pluralismo, afirmam que não se afigura legítimo que o governo imponha uma determinada concepção de vida boa aos indivíduos. Ao contrário, os indivíduos devem ser livres para viver de acordo com a doutrina moral de sua eleição, cabendo ao Estado tão

7 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. p. 14.

8 BOAZ, David. *Libertarianism*. p 105/106.

somente instituir uma estrutura neutra apta a evitar violações aos direitos individuais e a viabilizar que cada um possa perseguir o seu projeto pessoal de vida, a sua própria utopia. Aliás, desde há muito se salienta que as tentativas de se impor paraísos na Terra redundam, normalmente, em infernos, é dizer, em totalitarismo sob os mais variados rótulos.

Das breves considerações sobre os papéis exercidos pelo individualismo e pelo reconhecimento do pluralismo no bojo do libertarianismo, infere-se a sua proximidade com a tradicional corrente liberal. Em seu âmbito, contudo, deve-se distinguir os liberalismos político e econômico. O liberalismo político consiste em doutrina a respeito dos limites dos poderes públicos, fundada, basicamente, na noção de que os indivíduos têm direitos oponíveis ao Estado e na garantia de moderação do poder estatal através de mecanismos de fracionamento das funções públicas em órgãos independentes (separação de poderes). O conceito de Estado de Direito, erigido como uma espécie de “antileviatã”,<sup>9</sup> se consubstancia, por sua vez, em pedra de toque do liberalismo político, na medida em que busca igual propósito de limitação do arbítrio estatal através de expedientes diversos: normas gerais, abstratas e prévias, aplicáveis a governantes e governados, independência do Judiciário, limitação da ação do Executivo à lei, previsão dos direitos individuais numa lei superior (direito natural ou constituição rígida), etc. Assim, parte-se da premissa de que a proteção do indivíduo é a finalidade última da criação do Estado e do Direito, de maneira que garantias inerentes à dignidade humana não poderão ser suprimidas mesmo que tal medida seja fundamentada na maximização do bem-estar coletivo, sob pena de o Estado ir de encontro ao propósito fundamental que inspirou a sua criação. Resta, portanto, resguardado um domínio de atuação individual infenso a intervenções estatais, em cujo âmbito deve prevalecer a liberdade individual em detrimento da coerção estatal.

Enquanto o liberalismo político postula um Estado limitado (Estado de Direito), o liberalismo econômico propugna por um Estado mínimo, é dizer, uma mínima intervenção estatal na economia, zelando os poderes públicos, basicamente, pelas liberdades civis, pela propriedade privada, pela livre iniciativa, pela autonomia da vontade e pelo regular cumprimento dos contratos, visto que, quando a atuação do Estado transcender

9 MIAILLE, Michel. Le retour de l'Etat de droit. Le débat en France. In: CÔLAS, Dominique (org.) *L'État de droit: travaux de la mission sur la modernisation de l'État*. Paris: PUF, 1987, p. 218.

tais funções, buscando prover bens e serviços particulares ou produzir resultados específicos, redundaria, via de regra, falta de coordenação, ante a “desastrada” interferência governamental no sistema de preços. Segundo os libertários, o sistema de preços contém uma gama de informações acerca dos desejos, necessidades, e valores atribuídos pelas pessoas aos bens produzidos numa economia complexa que nenhum cérebro humano é capaz de manipular. Caso o governo interfira nesse sistema, instituindo, por exemplo, controle de preços, programas de preservação ou de geração de empregos, etc., atribuiria a tais bens um valor artificial, diverso daquele que lhes é atribuído espontaneamente pelos atores do mercado, causando diversas mazelas, v.g.: excesso ou escassez de bens, manutenção de ofícios que foram superados pelo desenvolvimento tecnológico ou econômico, benefícios odiosos àqueles que desempenham a atividade subsidiada, etc.

Note-se, ainda, que tais instrumentos de intervenção governamental na economia assemelham-se a um truque de mágica: o político que propõe um novo tributo, subsídio, ou programa de transferência de renda quer que os eleitores prestem atenção em sua mão direita, na qual ele destaca o benefício gerado pela medida sugerida (a geração de empregos com a construção de um estádio, a manutenção das atividades de uma empresa tradicional, as pessoas agraciadas com o “benefício social”, etc.). Todavia, a falácia consiste na sua pretensão de encobrir sob a mão esquerda os custos da medida, ou, mais precisamente, a riqueza e os empregos que seriam criados caso os recursos empregados pelo governo fossem utilizados pelos seus titulares.<sup>10</sup>

Assim, um mercado livre surge como uma “ordem espontânea” que, através da sua “mão invisível”, logra coordenar as escolhas e preferências de milhões de produtores, intermediários, investidores e consumidores, de modo que o indivíduo, embora não possa adquirir todos os bens que deseja, tem a possibilidade de utilizar o seu dinheiro e de escolher a sua atividade profissional ou negócio da forma que melhor lhe aprouver (seja a mais rentável, seja a que lhe confira maior satisfação pessoal), e não guiado pelas preferências fixadas, de cima para baixo, por uma autoridade central. Ademais, as pesadas taxação e regulação da economia desestimulam a produção de riqueza, estimando-se, p. ex., que, caso não houvesse o forte avanço dessas providências nos EUA nas décadas de sessenta e

<sup>10</sup> BOAZ, David. Op. cit., p. 183/184.

setenta, o norte-americano médio seria quarenta por cento mais rico do que é hoje.<sup>11</sup>

Os libertários se autointitulam os legítimos representantes da tradição liberal,<sup>12</sup> na medida em que sustentam aplicar, consistentemente, os conceitos básicos do liberalismo clássico, extraindo conclusões que limitam a atuação coercitiva do Estado mais estritamente do que as demais correntes do liberalismo. Cuida-se, a bem da verdade, de doutrina política ultraliberal, à vista de reunir as características básicas dos liberalismos político e econômico. Tal assertiva é esclarecida a partir da análise combinada dos elementos acima expostos com a concepção libertarianista dos direitos individuais.

Segundo os libertários, há um único direito individual, do qual todos os demais são especificações: cada indivíduo tem o direito de guiar a sua vida, seja nas suas relações pessoais, seja nas suas relações econômicas, em consonância com as suas convicções, desde que respeite igual direito alheio. O fundamento básico desse postulado, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, não repousa diretamente na liberdade, senão na noção de propriedade sobre o próprio corpo e os seus bens (*self-ownership*), afigurando-se a liberdade e a igualdade formal como as suas pré-condições. Com efeito, desde Platão e Aristóteles foram concebidas teorias políticas cuja premissa é a de que há diferentes tipos de indivíduos, com diferentes talentos, de maneira que alguns teriam nascido com o direito e a responsabilidade de comandar os demais, assim como os adultos cuidam das crianças. As revoluções burguesas, contudo, proclamaram a tese de que, embora as pessoas não tenham os mesmos talentos, recursos econômicos, beleza, inteligência, etc., todos possuem iguais direitos, devendo o ordenamento jurídico tratá-los igualmente (igualdade formal). Reconhece-se, portanto, a todos os indivíduos adultos e mentalmente sãos a capacidade e a responsabilidade moral para tomarem decisões que afetem a sua vida, seu corpo, seus bens, e suas relações pessoais e econômicas. Daí se extrai um postulado de não agressão: ninguém tem o direito de empregar a sua força em face de pessoa que não haja violado os seus direitos. Admite-se, apenas, o emprego legítimo da força para prevenir, punir ou indenizar os atos arbitrários de lesão a direitos, restringindo-se, portanto, a esse restrito domínio a coerção estatal.

<sup>11</sup> BOAZ, David. Op. cit., p. 181.

<sup>12</sup> V. MACHAN, Tibor R. The Case for Libertarianism: Sovereign Individuals. Op. cit., p. 3 e ss.

Dos postulados da propriedade sobre si mesmo, da igualdade perante a lei e da não agressão, decorre a proteção da vida, integridade física, liberdade e propriedade como direitos naturais do indivíduo intangíveis ao Estado. Enfocando-se a tutela das liberdades não econômicas (existenciais), convém salientar que se afigura especialmente nítida e grave a ofensa perpetrada à noção de propriedade sobre si mesmo pela supressão da vida ou por uma agressão física cometida a alguém. Por outro lado, as diversas formas de manifestação da liberdade civil decorrem igualmente de tal postulado: se eu, e mais ninguém, tenho a responsabilidade moral de tomar decisões a respeito de como levar a minha vida, questões relativas à religião, orientação política, filosófica, econômica e sexual, expressão de pensamentos e opiniões, aonde ir, com quem conviver e se reunir, que profissão ou negócio escolher, como empregar o dinheiro, etc., devem ser decididas por cada indivíduo, e não impostas por uma autoridade, desde que não se verifique violação a direito alheio.

Daí se extrai, como já salientado, uma aversão do libertarianismo às diversas formas de perfeccionismo moral: todo e qualquer indivíduo em pleno gozo de suas capacidades mentais deve ser considerado um agente com o direito e a responsabilidade de tomar decisões morais a respeito de si próprio e dos seus bens; entender-se que as decisões relativas a determinados grupos de indivíduos devem ser tomadas pelo governo significa tratá-los paternalisticamente, como se fossem crianças. Na esteira do exposto, devem ser rejeitadas todas as tentativas de imposição, via normas estatais coercitivas, de uma concepção moral majoritária ou destinada ao aperfeiçoamento da natureza humana, bem como de distinções legais arbitrárias entre os indivíduos. Preconizam, assim, os libertários concepções antiescravocratas e feministas, opondo-se, por outro lado, a não equiparação das uniões homossexuais às heterossexuais, às restrições ao uso da Internet, ao serviço militar obrigatório, à obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, à proibição da pornografia, do fumo, da defesa de teses que sejam potencialmente ofensivas a grupos específicos, do uso de medicamentos de alto risco e de drogas leves, etc.<sup>13</sup> As restrições estatais aos comportamentos individuais se justificam somente na hipótese de destinarem-se à proteção dos direitos dos demais indivíduos. Note-se que os libertários não aprovam, necessariamente, tais condutas, nem mesmo

13 BOAZ, David. Op. cit., p. 291 e ss.

perseguem uma determinada utopia ou doutrina moral; ao contrário, limitam a intervenção do Estado à proteção dos direitos individuais com vistas a delinear os contornos de uma infraestrutura apta a viabilizar que cada indivíduo persiga a sua própria utopia, como salientara Nozick.<sup>14</sup> Desde que respeite os direitos dos demais, os indivíduos terão a possibilidade de, mediante acordos voluntários, viverem na comunidade que lhes pareça mais adequada à sua particular concepção de vida boa. Por exemplo, eles poderão optar por comunidade que ofereça ampla gama de serviços a um alto custo, que seja espartana favorecendo a poupança individual, que seja guiada por determinada orientação religiosa, a qual proíba o uso de álcool, do tabaco e do sexo fora do casamento, ou que seja agnóstica e permita o uso de drogas leves, etc.

Todavia, o libertarianismo não adota apenas a vertente política do liberalismo, abarcando também a sua dimensão econômica. No que toca às liberdades econômicas, o libertário acredita existir um direito natural do proprietário a usar, gozar e dispor de um bem em seu favor, protegido com a mesma intensidade que a integridade física e as liberdades fundamentais (liberdade de expressão, religião, etc.). Tal prerrogativa só poderá ser efetivamente exercida caso o proprietário tenha a garantia de que há segurança jurídica no exercício das suas prerrogativas, impedindo-se, v.g., que se confisque a riqueza produzida por ele. Saliente-se, ademais, que o libertarianismo rejeita ser considerado sinônimo de caos, visto que sujeita as pessoas a várias regras e restrições. O que o libertarianismo sustenta é que a maioria dessas regras deve ser erigida mediante o livre consentimento das partes por elas atingidas, é dizer, através da celebração de contratos livres, admitindo-se apenas normas estatais coercitivas naquilo que for absolutamente essencial: a proteção dos direitos naturais dos demais indivíduos. A propósito, os contratos são concebidos como instrumentos de transferências de títulos de propriedade que habilitam os membros da sociedade a fazer planos de longo prazo e a construir vastas e complexas relações comerciais. A liberdade de celebração de contratos e a sua obrigatoriedade são, portanto, aspectos cruciais da teoria de direitos libertária, que equipara o não cumprimento de contratos a uma forma de roubo.<sup>15</sup> Já a tributação, à vista do seu caráter coercitivo, só é tolerada caso

---

<sup>14</sup> Ver os itens 2.2 e 2.3.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 81.

se restrinja a medida estritamente necessária para o custeio das atividades do governo tidas como legítimas (sobretudo, polícia, Judiciário e defesa nacional), vedando-se a tributação com fins redistributivos, a qual chega a ser equiparada a uma forma de trabalho forçado.<sup>16</sup>

As liberdades econômicas, assim como as existenciais, são concebidas como direitos (i) naturais, porquanto pré-políticos,<sup>17</sup> (ii) universais, já que atuam como pressupostos necessários de um regime livre, e como (iii) trunfos, já que derrotam, no espaço político, quaisquer outras razões morais, definindo quais argumentos morais gozarão da obrigatoriedade que é própria ao direito. Destaque-se, contudo, que os direitos individuais são concebidos apenas como direitos a prestações estatais negativas, protegendo-se uma esfera de livre atuação do indivíduo nas esferas existencial e econômica intangível à ação do Estado.<sup>18</sup> Critica-se a dita “proliferação” de direitos, ou mais precisamente, a atribuição do *status* de direitos individuais a “interesses” e “preferências” ligadas a prestações estatais positivas nas áreas da saúde, educação, previdência e assistência social, moradia, etc. A bem da verdade, consideram os libertarianistas que argumentos fincados num conceito substantivo de igualdade (seja a igualdade de resultados, seja a de oportunidades) revelam-se incompatíveis com um regime de liberdade, na medida em que impõem obrigações (especialmente tributárias) incompatíveis com os direitos naturais dos indivíduos, além de pressuporem que a alocação de bens seja decidida por uma autoridade central, e não pelos processos “impessoais” do mercado.

Neste ponto, cumpre indagar a respeito da resposta libertária para a situação de indivíduo que se encontra em situação de extrema pobreza. Inicialmente, destacam os libertários que tal hipótese é bastante rara numa sociedade bem ordenada, uma vez que haverá quase sempre trabalho disponível para a percepção de remuneração que garanta a sua subsistência, ainda que, a seu ver, as normas trabalhistas, especialmente as relativas ao salário mínimo, a intensa taxação do setor produtivo e demais restrições governamentais criem embaraços ao desenvolvimento econômico. Caso o indivíduo não consiga um emprego, poderá contar com o suporte da

---

16 V. sessão 2.4.

17 Apesar de boa parte dos libertarianistas adotar uma concepção jusnaturalista a respeito dos direitos individuais (ver, na sessão dois, a análise da obra de Nozick), importantes autores nessa seara, dentre os quais Hayek, adotam uma espécie de utilitarismo indireto. Conferir os itens 2.2 e 3.4, em especial.

18 V. MACHAN, Tibor R. The Case for Libertarianism: Sovereign Individuals. Op. cit., p. 20 et. seq.

família, de amigos ou de instituições de caridade. Entretanto, na situação extrema de o indivíduo não obter trabalho nem a caridade alheia, pode-se afirmar que ele tem a obrigação moral de assegurar as condições mínimas para a sua subsistência. Assim, se a pessoa faminta roubar um pão, ainda que a respectiva ação penal possa ser proposta, a pena poderá deixar de ser aplicada ante a caracterização do estado de necessidade. Contudo, os libertários, em sua maioria, não extraem da necessidade o direito de um indivíduo exigir parcela da propriedade de outrem, mas apenas reconhecem situações de emergência nas quais a ausência das condições para a vida social e política inviabiliza a aplicação dos direitos individuais.<sup>19</sup>

Por fim, cumpre-nos situar o libertarianismo no âmbito da filosofia política. A propósito, seriam os libertários de direita ou de esquerda, conservadores ou progressistas? Diante da profunda crise vivenciada atualmente pelos aludidos rótulos, convém propor-se um acordo semântico baseado na observação da dinâmica do jogo político: os progressistas ou de esquerda (*liberals*, nos EUA), defendem uma forte intervenção estatal nos assuntos econômicos, mediante intensa regulação e taxação, e uma tímida atuação do Estado no âmbito das decisões existenciais do indivíduo; os conservadores ou de direita (*conservatives*, nos EUA) sustentam uma intervenção estatal mais restrita em assuntos econômicos, e mais ampla nas liberdades civis. Do exposto, pode-se inferir que os libertários não se inserem em nenhuma das duas categorias; a bem da verdade, os libertários são progressistas no que toca às liberdades existenciais, e conservadores no que tange às liberdades econômicas, adotando perspectiva ultraliberal, já que associam os postulados dos liberalismos político e econômico, é dizer, as noções de Estado Limitado e de Estado Mínimo, em prol de uma proteção bastante ampla da liberdade individual em sua dupla dimensão, e bastante restrita a respeito das atividades estatais que envolvam o exercício do poder de império.

Daí afirmarem que os conservadores nos tratam como se fossem os nossos pais, dizendo o que devemos ou não fazer, ou seja, orientando-nos acerca das condutas moralmente corretas que devemos seguir, enquanto os “liberais” querem substituir as nossas mães, pois buscam nos alimentar, proteger, enfim, cuidar de nós, provendo as nossas necessidades básicas.

<sup>19</sup> Destaque-se, contudo, que há autores libertários, como Hayek, que consideram legítima a instituição de programas governamentais de renda mínima.

Os libertários afirmam tratar os adultos como adultos, já que os consideram agentes racionais com capacidade moral para tomarem decisões que afetem as suas vidas e se responsabilizarem pelos seus efeitos, ainda que se reconheça a possibilidade de tomarem decisões equivocadas.<sup>20</sup>

Delineados os seus contornos gerais, buscaremos examinar, de forma mais consistente, as bases teóricas do libertarianismo através da análise das obras das duas principais referências do pensamento libertário contemporâneo, quais sejam Robert Nozick e Friedrich August Von Hayek, encerrando o presente ensaio com uma breve conclusão a respeito dos limites e potencialidades da aplicação dessa corrente de filosofia política no direito constitucional brasileiro. Assim como na presente introdução, buscar-se-á adotar perspectiva essencialmente descritiva, reservando o exame crítico, à luz da realidade brasileira, para a sessão final.

## 2. ROBERT NOZICK: ANARQUIA, ESTADO E UTOPIA

### 2.1 Introdução

O livro “Anarquia, Estado e Utopia”, publicado por Robert Nozick em 1974 e agraciado com o *National Book Award*, consiste num marco no âmbito da filosofia política. Embora não sejam muitos os seguidores de Nozick e o próprio haja se distanciado do tema por um longo período, a sua obra tem se revelado um contraponto necessário ao clássico “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls (1971), no debate acadêmico norte-americano. Várias são as qualidades de “Anarquia”: a argumentação é brilhante, o estilo é elegante e desafiador, questionando, com exemplos radicais e milimetricamente encaixados, visões confortavelmente estabelecidas, a obra expõe um modo de aproximação da filosofia política raramente tão abstrato e inteligente, a cultura interdisciplinar e as capacidades de imaginação e de raciocínio de Nozick são surpreendentes, há teses que, além de radicais, são inovadoras, v.g.: as etapas de transposição do Estado de Natureza para o governo civil, a teoria da justiça do direito à propriedade, o Estado como estrutura para uma utopia pluralista, etc.

Cabe-me, contudo, advertir não se tratar de um livro fácil: as teses não são expostas de forma didática, sendo frequentemente difícil distin-

---

20 Ibid. p. 104.

guir argumentos centrais das várias digressões contidas ao longo do texto, premissas fundamentais ao raciocínio são recortadas em várias páginas em meio a outros temas, ou mesmo não são tratadas, a argumentação é extremamente abstrata e o autor se vale de conhecimentos interdisciplinares, etc. Aliás, no prefácio de “Anarquia”, o próprio Nozick admite tratar-se de uma exploração filosófica que não pretende conter uma teoria completa, senão “apresentações inacabadas, conjeturas, questões e problemas em aberto, indicações, conexões secundárias, bem como uma linha principal do argumento. Há espaço para palavras sobre assuntos que não sejam as últimas palavras”.<sup>21</sup> Todavia, tendo em vista o propósito da presente obra coletiva, buscar-se-á reconstruir as teses de Nozick de forma a iluminar os seus aspectos estruturais e a estabelecer conexões entre si, facilitando a sua compreensão. À vista desse propósito, dividiu-se a análise da sua obra em três tópicos.

## 2.2 Os direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade

À guisa de introdução, cumpre-nos arrolar as principais características da teoria de Robert Nozick sobre os direitos fundamentais, as quais serão desenvolvidas nos parágrafos seguintes. O filósofo de Harvard parte do pressuposto da (i) *separação entre as pessoas*, de onde extrai não se revelar moralmente legítima a imposição de um ônus a determinado indivíduo em benefício de outrem. Ademais, afirma que todos os indivíduos têm (ii) *direitos à vida, à liberdade e à propriedade*, ressaltando que o último se revela tão forte quanto os dois primeiros. *Tais direitos são naturais* (iii), *pois não se fundam no direito positivo, mas pertencem à pessoa humana, independentemente da cultura na qual ela se insira e da sua formal positividade, e* (iv) *visam a proteger uma zona de não interferência*, qualificando-se, portanto, como *direitos a abstenções estatais, ou direitos de defesa*, segundo a moderna terminologia dos direitos fundamentais. Consistem, pois, em garantias em face de incursões arbitrárias num domínio em que deve prevalecer o autogoverno do indivíduo a respeito da sua vida, liberdades e possessões, e não atos coercitivos de outros indivíduos ou da coletividade.

Ademais, tais *direitos são* (v) *invioláveis*, (vi) *exaustivos no plano político e* (vi) *insuscetíveis de colidirem, efetivamente, com outros direitos ou valores*, na medida

21 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 12/13.

em que não se concebe justificativa razoável para que eles sejam afastados, providência que apenas se verifica com a prática de atos ilícitos. Assim, considerações baseadas nos direitos à vida, à liberdade e à propriedade derrotam, no âmbito do que é juridicamente exigível, quaisquer outros valores morais, inclusive o bem-estar geral, as necessidades de terceiros ou direitos positivos, além de a sua proteção consistir na única forma de legitimação de atos estatais coercitivos.

Delineados os contornos básicos da teoria de direitos de Nozick, ora nos cumpre desenvolvê-la, ainda que de forma esquemática e simplificada. Nesta esteira, saliente-se que consiste em premissa fundamental para a compreensão da concepção de Nozick a respeito dos direitos fundamentais a noção, fortemente individualista, concernente à *separação entre as pessoas*. Partindo de truísmos recorrentes, como o fato de vivermos vidas e existências distintas, Nozick afirma que somente o indivíduo tem o direito de decidir o que ocorrerá com a sua vida, liberdade, corpo e bens, pois eles não pertencem a ninguém senão ao seu titular. Assim, não se pode sacrificar uma pessoa em benefício de outra, ou, em outras palavras, impor a alguém um sacrifício que corresponda a um ganho de outrem, mesmo que tais medidas sejam fundamentadas no bem-estar da coletividade ou na necessidade do beneficiado.

Bem ilustra o equívoco de se desconsiderar a separação entre as pessoas o caso da distribuição coercitiva de partes do corpo, exemplificado pela “loteria de olhos” (*eye lottery*).<sup>22</sup> Imagine-se que o avanço tecnológico da medicina permita que os transplantes de globos oculares tenham cem por cento de êxito. Considerando que o número de pessoas que têm os olhos sadios supera, significativamente, o quantitativo de pessoas com graves problemas de visão, poderia se cogitar de uma política de redistribuição de olhos, com o escopo de garantir que todos possam ver. Desta feita, caso o governo não obtivesse o número de doadores voluntários suficiente para tal desiderato, poderia implantar uma espécie de loterias de olhos, segundo a qual os perdedores seriam obrigados a doar um globo ocular a pessoa com problemas de visão. Embora a erradicação da cegueira pareça maximizar o bem-estar geral da sociedade, a referida medida se revela, para dizer o mínimo, grotesca, violando, de forma especialmente

22 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 223.

clara e intensa, o direito à integridade física daquele que fora compelido a “ceder” o seu globo ocular.

Nozick afirma que a impossibilidade de sacrifício dos direitos de uns para a satisfação de necessidades alheias não se aplica apenas às chamadas liberdades existenciais, mas também às liberdades econômicas, (i.e.: ao direito de propriedade), visto que ambas são consideradas direitos naturais. Daí afirmar que, mesmo que uma pessoa não tenha condições materiais de adquirir os alimentos necessários à sua subsistência, da sua necessidade não decorre que possa legitimamente exigir que outro indivíduo divida com ela os alimentos que tem de sobra. Tal pretensão só se afiguraria possível caso se extraísse do direito à vida uma dimensão positiva, prestacional, no sentido de que o seu titular poderia exigir que um indivíduo, ou mesmo a coletividade, disponibilizasse o bem de que necessita. Entretanto, para Nozick tais direitos prestacionais só podem legitimamente advir de obrigações voluntárias firmadas entre credor e devedor, como, por exemplo, de um contrato firmado entre paciente e médico, no qual este se compromete perante aquele a adotar em seu favor determinados tratamentos. O único direito não contratual que o indivíduo tem é a garantia de que a sua vida, liberdade e propriedade não serão prejudicadas por um ato coercitivo de outro indivíduo (v.g.: homicídio, sequestro ou roubo) ou do Estado (i.e.: tributação, que, ao seu ver, assemelha-se ao trabalho forçado).<sup>23</sup>

Assim, os indivíduos só podem exigir dos demais, independentemente da sua manifestação volitiva, o cumprimento de *deveres de não interferência*, é dizer, deveres de abstenção com o escopo de resguardar um âmbito de livre atuação individual. Os direitos fundamentais assumem, portanto, um caráter essencialmente negativo, autorizando apenas que se exija que os demais indivíduos se demitam de atitudes que interfiram na fruição do respectivo direito. Disso se infere a *impossibilidade da verificação de uma efetiva colisão de direitos naturais*, fenômeno que se revelaria inevitável caso fossem reconhecidos direitos negativos e positivos. Explica-se recorrendo, novamente, à dimensão prestacional do direito à vida: se reconhecermos que um indivíduo carente tem direito de exigir que alguém mais abastado divida com ele os alimentos que não utilizará, haverá inevitável conflito entre o direito ao fornecimento de alimentos e o direito de propriedade incidente sobre tais bens. Caso, entretanto, somente sejam conce-

---

23 Ver item 2.4.

bidos direitos negativos à vida, à liberdade, e à propriedade, Nozick afirma que tais conflitos não se verificarão, pois condutas que avancem sobre tais bens jurídicos (v.g.: homicídios, agressões, roubos, sequestros, esbulhos, etc.) serão consideradas atos ilícitos.

Poderíamos cogitar de uma colisão de direitos negativos, na hipótese de um grupo ameaçar cometer atos terroristas, colocando em risco a vida e a integridade física de um enorme contingente de pessoas, caso o governo não os entregue o juiz que condenou o seu líder. Na vertente hipótese, poderia se supor a existência de colisão entre os direitos à vida, à integridade física e à liberdade do juiz e iguais direitos de um grupo indeterminado de indivíduos. Nozick afasta o que chama de “utilitarismo de direitos”, o qual, por partir da premissa de que a tutela dos direitos é um objetivo a ser maximizado, justifica a entrega do juiz ao grupo terrorista, visto que tal providência preveniria uma gama muito mais ampla de violações a direitos.

Nozick nega a possibilidade de sacrificar-se o direito de um em benefício da preservação dos direitos de outros. Ao contrário, os direitos são vistos como barreiras à atuação de não titulares na seara especialmente protegida que demarcam, cujo respeito deve ser salvaguardado independentemente das suas consequências práticas. Assim, ainda que haja um verdadeiro temor de que os terroristas implementem atos com repercussões devastadoras sobre os direitos naturais de um sem-número de pessoas, a resposta negativa à sua proposta é a única moralmente legítima.

O filósofo de Harvard nega que tal assertiva decorra apenas da preocupação em mantermos as mãos limpas. Segundo tal perspectiva, caso nos curvássemos à alvitrada ameaça terrorista, nós próprios violaríamos o direito à vida do juiz, enquanto caso a rejeitássemos, iguais direitos dos cidadãos seriam violados por terceiros (terroristas) e não diretamente por nós. A bem da verdade, Nozick rejeita também que uma pessoa, no presente, malfira direitos com o escopo de evitar que ela própria, no futuro, cometa maior violação a direitos. Suponha-se que um cleptomaniaco só consiga conter a sua patologia com o uso de determinada droga que apenas uma pessoa possui. Na hipótese de o único fornecedor negar-se a doar parte da droga ao cleptomaniaco hipossuficiente, Nozick não reputa legítimo que ele, de forma lúcida, furte tal medicamento, mesmo que tal ato seja orientado para evitar que venha a, compulsivamente, furtar no futuro.

Assim, devemos evitar a violação de direitos no presente, ainda que esta postura implique futuras transgressões ainda mais gravosas.<sup>24</sup>

Ademais, os direitos negativos são tidos como *invioláveis*, já que prevalecem sobre quaisquer outros argumentos morais. Há, portanto, frontal contrariedade à tese utilitarista de que a maximização do bem-estar geral justifica o afastamento de garantias individuais, à vista de as pessoas não terem outro direito fundamental senão o de ser contados como um, e não mais que um, pois o bem de determinado cidadão tem, rigorosamente, a mesma importância que o bem de qualquer outro. Contudo, a busca de maximização do bem-estar geral pelo Estado, quaisquer que sejam as medidas necessárias ao atingimento dessa finalidade - objetivo visado por um utilitarismo puro - apresenta, segundo Nozick, erros morais e metafísicos, os quais estão umbilicalmente ligados. O equívoco moral consiste, sobretudo, em desconsiderar a separação entre as pessoas, na medida em que não parece moralmente legítimo que sejam impostos ônus a determinadas pessoas para o benefício de outras, ainda que o resultado seja o aumento do bem-estar geral. Isso porque, mesmo que tal postura possa ser justificada no plano individual, a sua transferência para um nível coletivo se revela inviável (erro metafísico). Isso porque, embora a atitude de poupar parcela dos meus rendimentos possa diminuir a minha felicidade no presente, a possibilidade que terei de comprar uma casa no futuro tenderá a aumentar o meu bem-estar numa análise global. Todavia, o transplante desta ideia do plano individual para o coletivo significa apenas que sobre alguns recairão obrigações que se reverterão para outros; enfim, que a felicidade de uns será prejudicada em favor do aumento da felicidade de outros, e nada mais.

Nozick considera, contudo, que não apenas o bem-estar geral é insuficiente para afastar a tutela do direito, como igualmente o são outros valores morais. Assim, caso o proprietário de um terreno resolva demolir uma construção ali localizada que possua imenso valor histórico-cultural, com o escopo de construir um *shopping center*, os não proprietários nada poderão fazer para impedir tal atitude. Isso porque, *no que toca às obrigações legalmente exigíveis, os direitos são exaustivos*, é dizer, são os únicos

24 WOLFF, Jonathan. *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*. Stanford: Stanford University Press, 1991, p. 21 e 22.

valores morais cuja obrigatoriedade é garantida pelas sanções do Estado. Assim, não se pode impedir o proprietário de um imóvel de grande valor histórico-cultural que venha a demoli-lo, o que não significa que essa atitude não deva ser lamentada, visto que o domínio da moralidade é muito mais amplo do que o da filosofia política. Contudo, tendo em vista que a última lida apenas com obrigações legalmente exigíveis, neste âmbito restrito, os direitos, repise-se, são exaustivos, e triunfam sobre quaisquer outras considerações morais.

Por fim, os direitos individuais são qualificados por Nozick como *direitos naturais*. Assim, eles são concedidos ao indivíduo tão somente em virtude da sua condição humana, e não em razão da sua inserção em determinada comunidade. Disso se infere que os direitos individuais não decorrem de convenções humanas, como, por exemplo, da Constituição e das leis. Ao contrário, os direitos naturais existem independentemente da sua formal positivação e se alinham à segunda formulação do imperativo categórico kantiano, segundo a qual o homem nunca deve ser tratado como meio, senão como fim em si mesmo, de maneira que os seus direitos não podem ser usados para a consecução de um fim que não lhe seja próprio sem o seu consentimento.<sup>25</sup>

Restaria perguntar quais seriam os fundamentos desses direitos, ou, de outra forma, por que tais direitos se aplicam aos seres humanos e não a outras espécies? As propostas tradicionais, segundo a síntese de Nozick, são as seguintes: “ser senciante e autoconsciente; ser racional (capaz de utilizar conceitos abstratos, não vinculados a reações e estímulos imediatos); possuir livre arbítrio; ser um agente moral capaz de orientar sua conduta de acordo com princípios morais e capaz de empenhar-se em limitação mútua de conduta; ter alma.”<sup>26</sup> Ao ver de Nozick, contudo, todos esses elementos parecem insuficientes para forjar a conexão necessária entre características próprias do ser humano e a razão pela qual a sua sujeição a obrigações estatais está submetida a especiais restrições morais. A fatores como racionalidade, livre-arbítrio e responsabilidade do indivíduo para fazer escolhas morais deve ser adicionada a *capacidade do ser humano de regular e orientar sua vida de acordo com alguma concepção global que ele resolva aceitar*. Do amálgama desses elementos, pode-se extrair a seguinte descrição dos as-

25 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 46.

26 Ibid, p. 63.

pectos distintivos do ser humano que justificam a titularidade de direitos naturais: “um ser capaz de formular planos a longo prazo para a sua vida, de considerar e decidir na base de princípios abstratos ou considerações que formula para si mesmo e, daí, não sendo um mero joguete de estímulos imediatos, um ser que limita a sua conduta de acordo com alguns princípios ou ideias que tem do que uma vida correta é para si mesmo e para os demais, e assim por diante”<sup>27</sup>

### 2.3 O Estado Mínimo

Neste ponto, poderia ser questionada a existência de uma vinculação direta entre o domínio no qual é moralmente legítimo exigirmos dos demais indivíduos uma conduta cuja obrigatoriedade independa da sua aquiescência (âmbito dos direitos naturais, objeto do antecedente item), e a esfera na qual a atuação estatal se reveste de legitimidade. Enfim, qual seria a relação entre as filosofias moral e política? Nozick afirma, a propósito, que a “filosofia moral arma o palco e estabelece as fronteiras para a filosofia política. O que as pessoas podem ou não fazer umas às outras fixa os limites do que podem fazer através da máquina do Estado ou do que podem fazer para criar tal máquina. As proibições morais permissíveis que ela pode fazer constituem fonte de qualquer legitimidade que tenha o poder coercitivo fundamental do Estado. Esse fato cria a principal esfera de legitimidade do Estado, talvez a única esfera legítima.”<sup>28</sup>

Assim, a demarcação da área na qual os atos coercitivos estatais são reputados legítimos pressupõe que sejam adotados como ponto de partida aspectos básicos e inescapáveis da condição humana, pois só assim a esfera política teria uma base de legitimação consistente. Daí Nozick dedicar a primeira parte da sua obra a estudar os atos moralmente permissíveis e a demonstrar a maneira segundo a qual o Estado de Natureza pode evoluir ao governo civil sem passos cuja ilegitimidade moral decorra da violação aos direitos naturais.<sup>29</sup> Tendo em conta, porém, que o Estado é reputado

<sup>27</sup> NOZICK, Robert. Op. cit., p. 64.

<sup>28</sup> Idem, p. 20.

<sup>29</sup> Contra a objeção natural de que o processo evolutivo descrito por Nozick contrasta com os processos históricos que, efetivamente, se verificaram, o filósofo de Harvard responde que se trata de uma *explicação potencial fundamental*, a qual proporciona importante esclarecimento explicativo, mesmo que não seja a explicação correta. Isso porque, ao estudarmos os atos moralmente permissíveis ou não, as razões profundas que levam pessoas a não observarem tais restrições morais, e o surgimento do Estado Mínimo a partir de um Estado de Natureza visto sob a melhor luz, aprendemos bastante sobre

como o detentor do monopólio do uso legítimo da força, a par de oferecer proteção a todos aqueles que residem em seu território, poderia se afirmar que deflui, necessariamente, da adoção da teoria dos direitos naturais, a proposta anarquista da ausência do Estado? Em outras palavras, a teoria dos direitos naturais e o Estado - qualquer que fosse a extensão da sua atuação - seriam reciprocamente excludentes?

À primeira vista, a concepção nozickiana de direitos e, sobretudo, a inclusão nesse domínio dos direitos à autodefesa e à punição daqueles que infringem os nossos direitos, parece afastar o Estado, acabando por se curvar à objeção do anarquismo individualista ao surgimento de todo e qualquer Estado. Segundo tal perspectiva, qualquer indivíduo ou coletividade que impeça o exercício dos direitos de autodefesa e de punição age de forma ilegítima, de modo que, aparentemente, mesmo o Estado Mínimo violaria tais direitos naturais, ante o monopólio do emprego legítimo da força ser uma das suas características distintivas. Também o oferecimento da proteção do Estado a todos os indivíduos residentes em seu território parece contrastar com os direitos libertários, visto que, se ricos e pobres são atendidos pela proteção estatal, e se o seu aparato demanda o dispêndio de recursos financeiros de que nem todos dispõem, a conclusão necessária é que uns financiam a proteção de outros, mediante o pagamento de tributos. Há, portanto, redistribuição compulsória de recursos, algo que tende a violar a teoria de justiça que engendra, erguida a partir do direito de propriedade.<sup>30</sup>

Todavia, o propósito de Nozick é, precisamente, o de reconciliar a teoria dos direitos libertários com o Estado Mínimo, com o escopo de demonstrar que um Estado que se limite a tutelar os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, ainda que apresente o monopólio do uso legítimo da força e que atue em benefício de todos, inclusive daqueles que se negam a consentir com o surgimento do Estado (anarquistas individualistas) e dos que não possuem recursos financeiros para contribuir para o custeio das atividades estatais, é moralmente legítimo, ou seja, não viola os direitos naturais nem dos anarquistas individualistas nem dos que pagam tributos. O ponto de partida da sua jornada teórica consiste na

---

os atos estatais moralmente legítimos e sobre como o Estado poderia ter surgido, mesmo que ele não tenha surgido desta maneira. *Ibid.*

30 V. item 2.4: A teoria da justiça do direito à propriedade (*entitlement theory of justice*)

descrição do Estado de Natureza. Nesse particular, rejeita formulações pessimistas como a de Thomas Hobbes, considerando mais proveitoso descrever uma situação de não Estado, na qual as pessoas atuariam em consonância às restrições morais que lhes são aplicáveis. Isso porque, caso após a investigação das potencialidades e dos defeitos da “melhor situação anárquica que poderíamos razoavelmente esperar”, conseguirmos demonstrar que o governo civil a supera, e que pode surgir sem violações aos direitos naturais dos indivíduos, obteríamos um fundamento racional sólido à existência do Estado, e o justificariamos.<sup>31</sup>

Neste ponto, embora Nozick haja afirmado seguir “a respeitável tradição de Locke”,<sup>32</sup> na medida em que considera haver uma convergência entre a sua filosofia política e o conceito que Locke dá ao Estado de Natureza, é possível perceber que Nozick confere à crítica do anarquismo individualista uma importância muito maior do que Locke. A propósito, salienta que a questão fundamental da filosofia política é saber se o Estado deve, ou não, existir, saber por que não temos a anarquia, já que os indivíduos gozam de direitos naturais à vida, à liberdade, à propriedade, e à autodefesa. Nesse viés, assevera que, antes de defender-se a pertinência da instalação do governo civil em razão das conhecidas deficiências do Estado de Natureza na administração imparcial da justiça, como o faz Locke, devem ser investigados todos os acordos voluntários que as pessoas poderiam fazer no Estado de Natureza com vistas a superar tais problemas. Note-se que, caso todos consentissem expressamente com a criação do Estado, o alvitado problema sequer se colocaria. Entretanto, é difícil conceber um consenso expresso de todos os cidadãos a respeito da criação de um Estado. A questão tende a complicar-se, transformando-se num sério problema teórico, quando alguém se recusa expressa, tácita, ou mesmo hipoteticamente, a consentir com a criação do Estado, preferindo valer-se do seu “direito natural” a autodefesa a utilizar-se dos serviços de proteção estatal.

A resposta de Locke é assaz conhecida: embora o consenso expresso universal seja inviável, a reconciliação entre autonomia individual e governo civil se faz através de um consenso tácito, fundado na conveniência de um juiz imparcial zelar pela aplicação das leis naturais, evitando

<sup>31</sup> NOZICK, Robert. Op. cit., p. 20.

<sup>32</sup> Ibid., p. 23.

um uso desmedido, equivocado, ou insuficiente do poder de punir.<sup>33</sup> De fato, quando se é juiz em causa própria, a capacidade de julgar costuma ser distorcida, seja pela natural tendência em superestimar o dano sofrido, e, conseqüentemente, exceder-se na punição ou na mensuração da indenização devida, seja pelas pessoas se concederem o benefício da dúvida e suporem estar sempre com a razão, negando violações que tenham cometido, ou acusando indevidamente terceiros de violarem os seus direitos.<sup>34</sup> Todavia, a plausibilidade da tese do consenso tácito não deve repousar, apenas, sobre as presumíveis vantagens à administração da justiça decorrentes da criação do Estado, mas pressupõe que o dissenso seja factível. A possibilidade de dissenso, contudo, não se verifica para boa parte da população, pois, como notou Hume, não parece razoável admitir que um pobre artesão, que mal conhece a sua própria língua e que luta diariamente para sobreviver, tenha uma verdadeira opção de deixar a sua terra natal.<sup>35</sup> Afigura-se nítido que essa possibilidade teórica se revela, para muitos, uma impossibilidade prática.

Uma das principais contribuições de “Anarquia, Estado e Utopia” para a teoria política consiste na ideia de que os indivíduos, ao agirem de forma autointeressada no Estado de Natureza, caminharão, sem querer, ou mesmo perceber, para o Estado Mínimo, que garantirá a imparcial administração da justiça preconizada por Locke, sem que se verifique nesse processo violação aos direitos naturais de quem quer que seja. Trata-se da sua versão à tradicional explicação da “mão invisível”, a qual evidencia como um governo civil, que parece resultar da vontade artificial do homem (como preconizado pelas teorias contratualistas), pode ser fruto de uma série de atos de pessoas autointeressadas que sequer supuseram criar um Estado. Cuida-se de reconstrução teórica que visa a demonstrar como a criação do governo civil pode deixar incólumes os direitos naturais, afastando a intuição de que a adoção de uma teoria dos direitos naturais conduziria ao emprego de um anarquismo individualista. Nesse processo, Nozick identifica várias etapas evolutivas, que serão sumariadas, de forma abreviada, a seguir.

33 Cf. LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.; TULLY, James. **An approach to political philosophy: Locke in contexts - Ideas in context**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

34 *Ibid.*, p. 26.

35 *Ibid.*, p. 41

Diante das alvitradas distorções geradas quando se é juiz em causa própria, parece razoável supor que os revides excessivos e as punições injustas levariam a animosidade e insegurança crescentes. Efetivamente, não há como se ter certeza de que uma contenda se encerrou, pois, “mesmo que uma parte diga que se absterá de atos de retaliação, a outra só poderá ficar tranquila se souber que a primeira não se sente ainda com direito à indenização ou a vingar-se e, por conseguinte, a tentar, quando se apresente condição favorável”.<sup>36</sup>

Além da atuação isolada do indivíduo no Estado de Natureza com vistas a exigir respeito aos seus direitos, pode-se conceber que indivíduos se unam, por terem espírito público, por serem amigos, ou por terem recebido (ou por esperarem receber) favores da pessoa que ora é vítima. Grupos de indivíduos podem, portanto, formar *associações de proteção mútua*, de modo que sempre atuarão em conjunto para a proteção do direito de um dos seus membros. Tem-se, pois, a evolução do Estado de Natureza para as *associações de proteção mútua* (caminhando-se do primeiro para o segundo estágio). Apesar de a união fortalecer a salvaguarda dos direitos dos membros do grupo, as associações em tela apresentam sérias dificuldades: (i) deixam todos os seus membros em permanente sobreaviso, (ii) qualquer integrante pode solicitar os serviços do grupo, sob a alegação de violação atual ou iminente aos seus direitos. Além de o ininterrupto estado de alerta ser irrazoável, as inconveniências tendem a aumentar caso o grupo tenha membros paranóicos ou de má-fe, que, respectivamente, vislumbrem violações inexistentes aos seus direitos ou utilizem tal subterfúgio para malferir os direitos alheios.

Saliente-se, entretanto, que esse problema tende a ser minimizado, visto que, muito provavelmente, serão estabelecidos métodos para determinar se o queixoso tem ou não razão, pois os membros do grupo não desejarão gastar tempo e energia em demandas absurdas ou mal intencionadas. A consequente diminuição das disputas consiste em significativa vantagem das associações de proteção sobre o Estado de Natureza. Por outro lado, a inconveniência da prontidão permanente dos seus membros pode ser resolvida pela divisão de trabalho ou pela contratação de profissionais especializados em prover segurança. Assim, em típico modelo de livre iniciativa, Nozick sugere que empresas especializadas em prover

<sup>36</sup> LOCKE, John. Op. cit., p. 26.

segurança entrarão no “negócio de vender serviços de proteção. Tipos diferentes de políticas protetoras seriam oferecidos, a preços diferentes, àqueles que talvez desejam proteção mais ampla e detalhada.”<sup>37</sup> Além dos serviços de proteção em si, o indivíduo poderá contratar serviços mais amplos, como, por exemplo, a arbitragem de conflitos, a determinação da culpa e da reparação cabível, etc. É de presumir-se o maior interesse na contratação de empresas especializadas do que o ingresso em associações de proteção mútua, de modo que a implantação do modelo de *associações comerciais de proteção revela o atingimento do terceiro estágio*.

Esse mercado apresenta, porém, uma natural tendência ao monopólio, ou, ao menos, ao oligopólio, em vista da natureza do serviço prestado.<sup>38</sup> Isso porque, num modelo em que as companhias de proteção oferecem os seus serviços em regime de livre competição numa mesma área geográfica, surgirão, com uma frequência indesejável, violentos conflitos entre elas. Com efeito, se as agências concorrentes não chegarem a um acordo sobre o culpado em determinado conflito, uma delas tentará proteger o seu cliente, enquanto a rival envidará esforços para puni-lo. Nozick vislumbra três possibilidades de solução do problema: (i) uma das agências é mais forte, e sempre vence as disputas, logo os membros da agência perdedora ficam mal protegidos, e migrarão para a vencedora (ou a perdedora será adquirida pela vencedora); (ii) cada agência vence as disputas, em determinada área geográfica, de modo a tornar-se dominante nesse domínio; (iii) as agências concorrentes lutam frequentemente, e ganham e perdem em medida aproximada. Após um certo número de disputas, perceberão que tais choques ocorrerão habitualmente e demandarão um alto custo. Assim, concordarão com a escolha de um tribunal cuja função seja dirimir, imparcialmente, os conflitos surgidos entre os membros de distintas agências.

Conclui Nozick que, nessas três hipóteses, as pessoas residentes em determinada localidade estarão sujeitas a um sistema comum que julga os seus conflitos e arbitra o responsável, a natureza e o montante da (pela) reparação devida pela violação aos direitos da vítima. Assim, “da anarquia gerada por grupamentos espontâneos, associações de proteção mútua, divisão de trabalho, pressões de mercado, economias de escala e autointeresse racional *surge algo que se assemelha muito a um Estado mínimo ou a um grupo de*

<sup>37</sup> NOZICK, Robert. Op. cit., p. 28.

<sup>38</sup> WOLFE, Jonathan. Op. cit., p. 45.

*Estados mínimos geograficamente distintos.*<sup>39</sup> (grifos meus) Uma *associação de proteção dominante*, entretanto, difere em aspectos substanciais de um Estado Mínimo. Com efeito, *tais associações não possuem o monopólio do uso legítimo da força, e nem mesmo prestam os seus serviços a todos os residentes em determinada localidade*, traços essenciais à caracterização dos Estados modernos.

Embora pareça razoável que a agência condicione o ingresso de indivíduos em seus quadros à renúncia do direito de punir, por seus próprios meios, aqueles que violem os seus direitos, pessoas extremamente individualistas (tipos como *John Wayne*) poderiam se recusar a adquirir os serviços da agência, preferindo proteger-se a si mesmo e punir os violadores dos seus direitos com a sua própria força. Se alguns poucos indivíduos retêm o direito de punir, a associação de proteção dominante não possui o monopólio do uso legítimo da força, e, conseqüentemente, não é um Estado. Tal assertiva é reforçada pela ausência do segundo elemento essencial à caracterização de um Estado: a circunstância de todos os residentes em determinado território se beneficiarem dos serviços estatais de proteção aos seus direitos. Evidentemente que a associação de proteção dominante somente presta serviço de proteção aos seus associados, de maneira que individualistas como *John Wayne* devem, a princípio, se defender e buscar a reparação dos seus direitos violados por seus próprios meios.

É chegada a hora de indagar o risco que pessoas como *John Wayne* representam para os clientes da agência dominante. A bem da verdade, os temores são semelhantes àqueles presentes no Estado de Natureza: tendência à vítima de uma violação a direitos ter sede de vingança e, conseqüentemente, aplicar punição desproporcional, ou de não adotar um procedimento adequado para aferir a culpa, sendo mais factível a punição de inocentes, etc. Daí advém uma clara ilação: é muito perigosa para os clientes da agência dominante a existência de individualistas radicais como *John Wayne*. Assim, poderá a agência anunciar que punirá todos aqueles que usarem força contra os seus clientes, exceto na hipótese em que o respectivo indivíduo haja convencido a agência de que a busca de “justiça privada” foi legítima, ante a aplicação de um procedimento seguro e justo para o exame da culpa, a proporcionalidade da punição aplicada, etc. Isso significa que terá nascido em favor da agência dominante um monopólio jurídico do uso legítimo da força, no sentido de

39 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 31.

atribuir-lhe o direito especial, inextensível aos seus membros, de julgar e punir não clientes? Nozick responde negativamente à pergunta, tendo em vista que (i) a coletividade (agência) tem, rigorosamente, os mesmos direitos que os seus membros, nada além ou diferente disso; (ii) e todos os indivíduos, clientes ou não, têm o direito de defender-se contra procedimentos de aferição de culpa duvidosos ou injustos e punir aqueles que os usarem ou tentarem usá-los contra ele.

Naturalmente, a agência dominante considera os seus procedimentos confiáveis e justos, e, portanto, punirá todos aqueles que duvidem da sua correção e lhe neguem aplicação. Note-se que nenhum monopólio *de jure* é vindicado: a agência não se autointitula a única detentora do uso legítimo da força, reconhecendo, ao contrário, que todos detêm o direito de defender os seus direitos naturais e de punir os transgressores. Todavia, ela age livremente quanto à definição de procedimentos justos de aferição de culpa em disputas que envolvam os seus clientes, de modo que, quando houver suspeita de lesão aos direitos dos clientes por não clientes, caberá à agência impor a sua vontade a respeito do teor do procedimento que, sob o seu ponto de vista, seja o mais correto.

Em virtude do seu poder de definir um direito particular em determinado território, a agência dominante atua como juiz final de disputas que envolvam os seus clientes. Disso não decorre que possua um direito especial negado aos demais indivíduos, mas que dispõe de um excepcional poder fático de impor a sua solução a respeito de controvérsia que envolva seus clientes em face de não clientes, podendo impedir que os últimos apliquem uma punição que lhe pareça equivocada. Afirma Nozick “aqui é o lugar de aplicar a ideia de um monopólio *de facto*: um monopólio que não é *de jure*, porque não constitui resultado de alguma concessão excepcional de direitos exclusivos, enquanto os demais são excluídos de privilégio semelhante. Outras agências de proteção podem ingressar no mercado e tentar tirar clientes da agência dominante. E tentar substituí-la nessa condição. Mas o fato de já ser dominante concede-lhe uma importante vantagem de mercado na concorrência por clientes. E pode oferecer-lhes uma garantia que nenhuma outra pode igualar: Só os procedimentos que nós consideramos corretos serão usados no caso dos nossos clientes.” *Diante do monopólio do uso da força, ultrapassa-se o estágio da agência dominante, atingindo-se*

o quinto estágio (*Estado ultramínimo*), que apresenta a primeira das duas notas distintivas do Estado.

Há uma consideração final a fazer: *John Wayne*, o anarquista individualista, não pode exercer o seu direito natural de punir os clientes da agência dominante, ante os riscos que poderiam advir do seu mau uso, como visto acima. Assim, os individualistas se tornam incapazes de se defender por violação aos seus direitos, situando-se, por conseguinte, em posição de inferioridade. A maneira mais adequada e menos dispendiosa de compensação que a agência dominante poderia lhes conferir consiste em beneficiá-los com os seus serviços de proteção. Com a *prestação dos serviços de proteção a todos os indivíduos que residem em determinada localidade*, clientes ou não, resta preenchida a segunda condição para a caracterização de um Estado, chegando-se, enfim, ao Estado Mínimo (*sexto estágio*).

Poder-se-ia questionar, contudo, que, se apenas os clientes pagam os serviços prestados pela agência dominante, e se esses serviços beneficiam não apenas os clientes, mas também os não clientes, haveria, necessariamente, atividade redistributiva, circunstância que violaria a separação entre as pessoas e a teoria de justiça do direito à propriedade. Não há que se falar, entretanto, em atividade redistributiva de renda, pois a circunstância de os clientes pagarem pelos serviços que também serão prestados a não clientes não se fundamenta em considerações de necessidade ou de igualdade (i.e.: caso os primeiros não financiassem a agência dominante, os últimos ficariam desprotegidos), baseando-se, ao revés, no dever de indenizarem os não clientes pela impossibilidade de eles exercerem os seus direitos naturais (autodefesa e punição em face de transgressores dos seus direitos à vida, liberdade e propriedade).

Através desse processo quase-histórico de evolução em seis estágios, Nozick afirma ter se desincumbido do seu projeto inicial, qual seja, o de delinear o modo como um Estado, dotado dos seus atributos próprios (monopólio do uso legítimo da força e proteção a todos no seu território), pode surgir de forma moralmente permissível, é dizer, sem violar os direitos naturais de quaisquer indivíduos, mesmo dos chamados anarquistas individualistas, e sem reivindicar - o Estado - um direito especial inextensível aos demais cidadãos. Ademais, a exigência de que os clientes paguem pelos serviços prestados em favor daqueles a quem proíbem o exercício da

justiça privada contra eles, muito longe de ser imoral, por encerrar atividade redistributiva, é moralmente exigido pelo princípio de compensação.<sup>40</sup> Por outro lado, através da sua versão para a explicação da mão invisível, buscou demonstrar “como recair num Estado sem realmente tentar”<sup>41</sup>, ou seja, como a transposição do Estado de Natureza para o Estado Mínimo se dará naturalmente, pelo conjunto de ações autointeressadas dos indivíduos no que toca a melhor proteção dos seus direitos, e não pelo consentimento, expresso ou tácito, dado à formação do governo civil, conforme preconizado pelos teóricos do contrato social.

Após o esforço despendido na demonstração do modo como um Estado Mínimo pode surgir sem que se constatem violações morais a direitos libertários, Nozick se dedica a demonstrar, na segunda parte do seu trabalho, que nenhum Estado mais amplo que o Mínimo se justifica, reputando-se moralmente ilegítimo qualquer Estado que não se limite a proteger os cidadãos contra “a força, o roubo, a fraude, a fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante”. Assim, o Estado Mínimo é “tanto inspirador como certo”, pois “(o) Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las para o seu próprio bem ou proteção.”<sup>42</sup> Contra as teses de que um Estado mais amplo (e.i. o Estado do Bem-Estar Social) se justificaria com lastro em razões de justiça distributiva, Nozick formula a sua Teoria da Justiça do direito à propriedade, que será analisada no próximo tópico.

Antes, porém, cumpre indagar *a razão pela qual Nozick considera o Estado Mínimo não apenas certo* (decorrente da não violação aos direitos naturais – objeto do presente item), *como igualmente inspirador*. Tal assertiva decorre da circunstância de que o aparato estatal deve funcionar como uma estrutura que viabilize que *cada indivíduo viva a sua própria utopia*. Saliente-se que Nozick não se dedica ao delineamento de um modo ideal de vida, o qual deveria ser seguido pelos indivíduos, como se verifica recorrentemente entre pensadores utópicos, mas preconiza uma utopia pluralista.

<sup>40</sup> NOZICK, Robert. Op. cit. p. 132.

<sup>41</sup> Trata-se do subtítulo da parte I do Anarquia, Estado e Utopia de Robert Nozick. Op. cit.

<sup>42</sup> NOZICK, Robert. Op. cit., p. 9.

Nem mesmo o capitalismo, frequentemente associado ao libertarianismo, é defendido, pois Nozick não defende qualquer modelo concreto de organização social, mas tão somente estipula aquilo que um indivíduo pode exigir dos demais com lastro em seus direitos naturais à vida, à liberdade, e à propriedade. Ao contrário, considera inviável que se desenhe um arranjo social que seja adequado a pessoas como “Wittgenstein, Elizabeth Taylor, Bertrand Russel, Thomas Merton, Yogi Berra, Allen Ginsburg, Harry Wolfson, (...) Thoreau, Picasso, Moses, Einstein, você e seus pais”<sup>43</sup>.

Dessa forma, o Estado Mínimo libertário permite que indivíduos ou grupos de indivíduos vivam a sua própria utopia, criando comunidades completamente diferentes, como, por exemplo: uma sociedade comunista na qual não haja propriedade privada e todos os recursos sejam divididos; uma sociedade perfeccionista na qual todos os confortos são afastados em prol de uma alta cultura; ou ainda uma sociedade tipicamente capitalista, orientada pela livre iniciativa, pela propriedade privada, pela valorização do lucro, etc. Enquanto o Estado Mínimo permitiria a criação desses “sub-estados”, dificilmente um Estado mais extenso cumpriria igual função, pois a obrigação de contribuir com os demais impõe, não raro, aos contribuintes uma pesada carga tributária que impede o surgimento de uma comunidade autossuficiente. Assim, quanto maiores as obrigações assumidas pelo indivíduo perante o Estado, mais difícil se afigura o surgimento de certos estilos de vida específicos.

#### 2.4 A teoria da justiça do direito à propriedade (*entitlement theory of justice*).

A questão central do tópico reside no estudo da justiça distributiva, ou seja, na aferição da justiça na distribuição de riqueza numa determinada sociedade. Inicialmente, Nozick destaca que a expressão “justiça distributiva” não é neutra, na medida em que, a ideia de que os bens produzidos numa sociedade devem ser divididos segundo um critério justo parte da premissa de que tais bens integrariam uma espécie de bolo, cabendo a uma autoridade central reparti-lo de forma justa. Contudo, em regimes que prezam pela liberdade, não há tal distribuição central, já que a produção e a distribuição de bens são processos econômicos umbilicalmente vinculados, do

<sup>43</sup> NOZICK, Robert. Op. cit., p. 9.

que decorre que nenhuma pessoa ou grupo tem o direito de decidir como todos os recursos produzidos pela sociedade devem ser repartidos.<sup>44</sup>

De tal assertiva não decorre que Nozick considere os conceitos de justiça distributiva e Estado Mínimo antitéticos; ao contrário, o desafio de Nozick é construir um conceito de justiça distributiva que possa ser realizado por um Estado Mínimo.<sup>45</sup> Nozick inicia a sua empreitada acadêmica pela diferenciação entre dois tipos de justiça distributiva: aquelas baseadas em “princípios de justiça na repartição corrente ou princípios de resultado final” e as de caráter histórico. As primeiras preconizam o estabelecimento de um princípio estrutural que afira se uma determinada distribuição de riquezas se revela ou não justa. Cite-se como exemplo o utilitarismo, que, em sua versão tradicional, defende que a distribuição mais justa é a que maximize o bem-estar geral da sociedade. Tais modelos, ao tratarem do tema da justiça distributiva apenas segundo os princípios que estruturam a distribuição de bens sociais, tornam possível a substituição de um arranjo por outro sem o risco de cometer injustiças. Explica-se: se a A tem dez bens e B, cinco, tal distribuição em nada difere para o utilitarista daquela na qual A tenha cinco bens e B, dez. Portanto, a escolha da primeira ou da segunda distribuição será indiferente para o utilitarista, assim como o será a substituição de um modelo pelo outro (repise-se: desde que a troca seja, em si, indiferente para a maximização do bem-estar geral).<sup>46</sup>

Todavia, a maioria das pessoas não considera que os princípios de repartição corrente sejam suficientes para chegar-se a uma resposta satisfatória sobre o problema da justiça distributiva, parecendo-lhes necessária a análise da forma como a distribuição de bens se desenvolveu historicamente. Daí surgirem *princípios históricos de justiça distributiva*, os quais reconhecem que circunstâncias passadas podem criar direitos preferenciais a determinadas pessoas. Assim, para sabermos se uma distribuição de bens é justa, não basta analisarmos os princípios que estruturam a repartição, mas também se a distribuição corresponde a certos elementos históricos. Saliente-se que, ao contrário do preconizado pelas primeiras teses, as teo-

---

44 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 170.

45 WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 74.

46 Ibid. p. 76.

rias históricas admitem que uma injustiça possa ser cometida pelo transpasse de uma distribuição para outra estruturalmente idêntica, vez que tal substituição pode violar direitos de pessoas.

As teorias históricas podem ser padronizadas ou não padronizadas. As padronizadas consideram que a distribuição justa é determinada por uma dimensão natural: a cada um de acordo com o seu mérito pessoal, a sua inteligência, o seu esforço, a sua necessidade, a combinação dos referidos elementos, etc. As teorias de justiça padronizadas buscam preencher o espaço em branco da seguinte frase: “A cada um de acordo com o seu \_\_\_\_\_”, revelando, nitidamente, a busca de um padrão para pautar a distribuição de bens sociais.<sup>47</sup> Nozick, por sua vez, estrutura a sua teoria do direito à propriedade como uma teoria da justiça distributiva de índole histórica e não padronizada que sirva de rival às teorias antes descritas, tão disseminadas no contexto atual. Nessa esteira, o foco das atenções de Nozick não é, propriamente, a repartição do “bolo” de riquezas sociais, mas a aquisição legítima da propriedade, ou mais especificamente, o engendramento de procedimentos que devem ser seguidos para que alguém se intitule, validamente, proprietário de determinados bens.

O objeto da teoria da justiça do direito à propriedade se divide em três tópicos: (i) a *justiça na aquisição* se refere à aquisição inicial das propriedades, ou seja, à apropriação de coisas não possuídas; (ii) a *justiça nas transferências* consiste nos modos pelos quais alguém pode adquirir a propriedade de outrem; (iii) a *justiça na retificação* consiste na reparação de injustiças históricas na aquisição da propriedade. Portanto, se o mundo fosse idealmente justo, é dizer, se não houvesse injustiças a reparar (p.ex.: aquisição de propriedades por atos de força), a questão da justiça na propriedade se resumiria a saber se a aquisição original observou o princípio da justiça na aquisição, e se a aquisição derivada seguiu o princípio da justiça na transferência: ninguém teria direito de propriedade, exceto nesses casos. Assim, a essência da concepção de Nozick reside na circunstância de que a propriedade de determinado bem é justa se a sua aquisição for legítima, ou seja, “uma distribuição é justa se derivou de outra justa distribuição por meios legítimos”.

47 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 180.

Nada obstante a importância que a teoria de justiça do direito à propriedade assume para a justificação do Estado Mínimo, não se verifica em sua obra um delineamento claro e consistente do conteúdo dos três princípios em análise, suscitando duras críticas, como a de Thomas Nagel, de que Nozick expõe um libertarianismo sem suporte teórico consistente (*libertarianism without foundations*)<sup>48</sup> O próprio Nozick, no prefácio da sua obra, confessa não ter formulado uma exposição rigorosa dos princípios da sua teoria tripartida da justiça distributiva, afirmando, mais adiante, tratar-se de teoria superficial.<sup>49</sup> Entretanto, ao tratar, especificamente, do princípio da justiça na aquisição, Nozick esclarece que qualquer teoria adequada acerca da matéria conerá uma condição semelhante àquela atribuída a Locke, segundo a qual somente se reputará legítima a aquisição originária de uma coisa não possuída se tal atitude não piorar a situação dos não proprietários que perderão a liberdade de usar tal coisa. Logo, a apropriação total de bem essencial à vida dos demais violará o princípio da justiça na aquisição.<sup>50</sup>

No que tange à justiça nas transferências, o filósofo de Harvard assevera que uma *transferência de propriedade é justa se, e somente se, for voluntária*. É com base nesse conceito, e na ideia subjacente de que a liberdade é incompatível com padrões de distribuição de riqueza pré-estabelecidos, que Nozick extrai a afirmação de não ser claro como os seus opositores podem rejeitar a sua teoria da justiça do direito à propriedade. Tal afirmação é ilustrada pelo multicitado exemplo de *Wilt Chamberlain*, famoso jogador de basquetebol norte-americano. O argumento é simples: Suponhamos que se adote o padrão de distribuição D1 e que *Wilt Chamberlain* assine um contrato com a sua equipe que lhe assegure vinte e cinco centavos por ingresso pago. Suponhamos, ainda, que um milhão de pessoas tenha considerado justo pagar a referida quantia para se divertir com a genialidade de *Chamberlain*, de modo que, ao final da temporada, ele ficou duzentos e cinquenta mil dólares mais rico, substituindo-se o modelo de distribuição D1 por D2. Essa nova distribuição D2 é justa? A resposta de Nozick é

48 NAGEL, Thomas. "Libertarianism without Foundations". In: *Reading Nozick*. Paul, J. (coord.) Oxford: Blackwell, 1982, p. 201.

49 V. NOZICK, Robert. Op. cit., p. 14 e 246.

50 Ibid., p. 198. A propósito das sutilezas do contraste das perspectivas adotadas por Locke e Nozick, ver WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 100 e seq.

positiva, pois se D1 é justa, e se as pessoas voluntariamente passaram para D2, D2 também é justa. Assim, tem-se um novo modelo de distribuição que, embora também seja justo, não é igual ao original. Daí a conclusão de que a liberdade é incompatível com a fixação de padrões de distribuição de renda, na medida em que a manutenção do padrão original pressupõe uma interferência contínua do Estado na vida das pessoas. Em resumo, as conclusões de Nozick são as seguintes: (i) transferências voluntárias são incompatíveis com padrões; (ii) se D1 é justa, e as pessoas movem-se voluntariamente para D2, D2 também é justa; (iii) a manutenção de um padrão implica violação à liberdade.

Poderia se indagar acerca da legitimidade da manutenção de um padrão de distribuição de renda mediante um determinado sistema de tributação. A propósito, Nozick afirma que “*a tributação da renda gerada pelo trabalho está na mesma situação que o trabalho forçado*”, (grifos meus), pois “apossar-se dos ganhos de  $n$  horas de trabalho é a mesma coisa que tomar  $n$  horas da pessoa”.<sup>51</sup> Ademais, a tributação discriminaria arbitrariamente pessoas com gostos mais onerosos, já que, ao seu ver, não há sentido em obrigar-se o indivíduo que tem prazer em ir ao cinema a ajudar os necessitados, enquanto aquele que prefere ver o pôr-do-sol não o seria.

Nessa esteira, Nozick considera que, se o conjunto de propriedades é corretamente gerado, ou seja, se as aquisições originárias e derivadas observarem, respectivamente, os princípios da justiça na aquisição e na transferência, não há argumento que justifique um Estado mais amplo que o mínimo. Caso, porém, os referidos princípios hajam sido violados, entra em cena o *princípio da justiça na reparação*. À minguada de informações suficientes e concretas a respeito das injustiças históricas existentes numa sociedade, e partindo da premissa de que os membros menos aquinhoados provavelmente são os descendentes das vítimas das alvitradas injustiças, então uma regra empírica aproximada para reparar tais iniquidades poderia ser a seguinte: “organize-se a sociedade de modo a maximizar a posição de todos os grupos que nela terminam como os menos aquinhoados”. Na falta de um estudo completo a propósito da aplicação do princípio da reparação a uma sociedade particular, Nozick admite a impossibilidade

---

51 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 188.

do uso da sua teoria para a condenação de atividades de transferência de recursos encetadas por um Estado mais amplo que o Mínimo, exceto se nenhuma consideração de reparação por injustiças passadas for aplicável.<sup>52</sup> Note-se que, por paradoxal que soe, a aplicação da concepção da justiça na retificação em sociedades marcadas por injustiças históricas na aquisição original da propriedade (nas quais parece se inserir a brasileira) acaba por conduzir a algo muito próximo ao princípio da diferença concebido por Rawls,<sup>53</sup> cujo liberalismo-igualitário, especialmente quando aplicado a países em desenvolvimento, permite a justificação de políticas públicas razoavelmente amplas em favor dos indivíduos mais carentes. Ainda que a justificativa recaia na reparação por injustiças históricas, e não em considerações baseadas na efetiva fruição das liberdades, na necessidade ou na igualdade substantiva, tal formulação enfraquece a defesa de que um Estado mínimo é “tanto inspirador quanto certo”, notadamente em sociedades nem tão bem-ordenadas como a norte-americana, como é caso da brasileira, que convive com uma imensa desigualdade social e com uma crônica captura do poder público por elites econômicas e partidárias.

### 3. FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK: A LIBERDADE EM OPOSIÇÃO ÀS DIVERSAS FORMAS DE TOTALITARISMO

#### 3.1 Introdução

*Friedrich August von Hayek* (1899-1992) é considerado um dos economistas e filósofos políticos de maior influência do século passado, tendo exercido um papel relevante na construção das bases teóricas para o triunfo do capitalismo. Autores cujas obras sobre o conceito de liberdade gozam de enorme destaque nos meios acadêmicos, como, por exemplo, Isaiah Berlin, John Rawls e o próprio Robert Nozick, não produziram o impacto causado pelos trabalhos de Hayek nos meios políticos, especialmente após a emergência da Nova Direita, com as eleições de Margare-

52 NOZICK, Robert. Op. cit., p. 247/248.

53 Rawls arrola dois princípios de justiça reitores da estrutura básica da sociedade e da divisão equitativa de bens primários: (i) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras (princípio da igual liberdade); (ii) **as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável (princípio da diferença), e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (princípio da igualdade de oportunidades).** V. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 64.

th Thatcher, Ronald Reagan e, mais recentemente, de George W. Bush. A propósito, Thatcher tentou encerrar uma áspera discussão travada no Partido Conservador inglês batendo um exemplar de “*The Constitution of Liberty*” na mesa e exclamando “É nisto que acreditamos!”.<sup>54</sup>

No início da sua vida universitária, Hayek viu-se indeciso entre as carreiras de economista e de psicólogo. Optou pela primeira, trilhando uma trajetória brilhante, que lhe rendeu postos destacados nos principais centros de estudos acadêmicos da liberdade individual, como, v.g., na Universidade de Viena (1929), na *London School of Economics* (1931), e nas Universidades de Chicago (1950), de *Freiburg im Breisgau* (1962), e de Salzburgo (1968); além de ter recebido o Prêmio Nobel de Economia em 1974, dividido, curiosamente, com *Gunnar Myrdal*, cujo pensamento colide frontalmente com o de Hayek. No campo da teoria econômica, publicou dezenas de obras, dentre as quais se destacam “*Monetary Theory and the Trade Cycle*” (1929), “*Prices and Production*” (1931), “*General Theory of Employment, Interest, and Money*” (1936), e “*The Pure Theory of Capital*” (1941), tendo se afirmado como um dos principais críticos de *John Maynard Keynes*. Nesse particular, cumpre destacar a sua visão de que “o legado da teoria keynesiana – o diagnóstico equivocado do desemprego, o temor em relação à poupança e a injustificada fé na intervenção governamental - influenciou negativamente nas ideias básicas dos elaboradores das políticas econômicas durante mais de uma geração” (especialmente dos anos trinta ao início da década de sessenta). Tal crítica contundente ao pensamento hegemônico de Keynes levou Hayek ao ostracismo, só se verificando a sua reabilitação nos anos setenta, com o avanço da inflação e o resgate do liberalismo econômico.<sup>55</sup>

54 FESER, Edward. Introduction. In: *The Cambridge Companion to Hayek*. FESER, Edward (ed.) Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

55 MAKSOUD, Henry. Uma Introdução às Obras de F. A. Hayek. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad.: Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 16/17. Confira-se a dura crítica de Hayek a Keynes e seus discípulos: “A principal causa dos nossos atuais problemas monetários é, certamente, a sanção de autoridade científica dada por Lord Keynes e seus discípulos à velha superstição de que aumentando o agregado dos gastos monetários se poderá assegurar a prosperidade duradoura e o pleno emprego. É uma superstição contra a qual lutaram os economistas antes de Keynes durante pelo menos dois séculos. Foi John Maynard Keynes, um homem de grande intelecto, porém de limitados conhecimentos sobre teoria econômica, quem afinal conseguiu reabilitar a velha manivela enrustida com a qual ele abertamente simpatizava ... De uma certa forma, porém, é algo injusto culpar demais Lord Keynes por tudo que decorreu após a sua morte. Estou seguro de que ele seria - não obstante tudo o que disse anteriormente – um líder na luta contra a inflação ... Espero que alguém, algum dia, escreva a história do inflacionismo

Tendo em vista os propósitos específicos desta obra coletiva e, especialmente, a circunstância de cuidar-se da área na qual as importantes contribuições de Hayek são mais olvidadas no debate acadêmico brasileiro, buscaremos analisar algumas das principais teses desenvolvidas pelo professor austríaco nos domínios da filosofia política e da teoria constitucional. Neste campo, destacam-se as seguintes obras: “*The Road of Serfdom*” (1944), cuja tese principal, de que o planejamento centralizado da economia conduziria ao fim da sociedade livre, contribuiu, decisivamente, para que Hayek se tornasse uma celebridade internacional, “*Individualism and the Economic Order*” (1948), “*The Constitution of Liberty*” (1960), os três volumes de “*Law, Legislation and Liberty*” (volume I: 1973, volume II: 1976, volume III: 1979), e o seu último livro “*The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*” (1988).

### 3.2 Liberdade e Liberdades

O termo liberdade vem sendo utilizado para designar estados de coisas tão distintos, que Hayek inicia a sua grandiosa empreitada acadêmica em “*The Constitution of Liberty*” por expor o seu conceito de liberdade, buscando aproximar-se, a seu ver, do sentido original da palavra. Para Hayek, liberdade deve ser compreendida como ausência de coerção, é dizer, “a possibilidade de um indivíduo agir em consonância aos seus próprios planos e resoluções, em contraposição à condição do indivíduo que estava irrevogavelmente sujeito à vontade de outrem, cuja decisão arbitrária poderia coagi-lo a agir de determinada maneira.”<sup>56</sup> Em razão de a definição de liberdade estar indissociavelmente ligada à de coerção, cuidando-se de dois lados da mesma moeda, cumpre explicitar o sentido que Hayek lhe empresta. A propósito, coerção é entendida como “o controle exercido sobre uma pessoa por outra em termos de ambiente ou de circunstâncias, a ponto de, para evitar maiores danos, aquela ser forçada a agir para servir aos objetivos desta, e não de acordo com um plano coerente que ela própria elaborou.”<sup>57</sup> A coerção é maléfica, pois anula a inteligência, as escolhas

---

de John Law a John Keynes. Essa história há de mostrar como a aceitação sem crítica da crença de que a simples relação entre a demanda agregada e o emprego causou com tanta frequência, nos últimos 150 anos, tanto desperdício de esforço intelectual engenhoso.” *Ibid.*, p. 18.

<sup>56</sup> HAYEK, F. A. *Os Fundamentos da Liberdade*, p. 5.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 17.

peçoais e mesmo a dignidade do indivíduo, tornando o coagido mero instrumento da vontade do coator.

Entretanto, as chamadas liberdades políticas, reais (*freedoms to*), e interior não são espécies do mesmo gênero que a liberdade como ausência de coerção, senão fenômenos distintos, não raro conflitantes entre si. Pois bem. A chamada liberdade política (ou positiva) consiste na possibilidade de os indivíduos participarem da escolha do seu governo, do processo legislativo e do controle da Administração. Contudo, tal prerrogativa política não se identifica com a possibilidade de o indivíduo agir com independência da vontade arbitrária de outrem, como se evidencia pela constatação de que um governo democraticamente eleito pode se imiscuir no âmbito da livre atuação individual, assim como um governo não democrático pode demitir-se de tais atos. A “liberdade interior”, por sua vez, trata da possibilidade de uma pessoa se pautar pelas suas firmes convicções e pela sua legítima vontade, e não por tentações, fraquezas ou desejos momentâneos. Ainda que se possa dizer que um indivíduo que é “escravo das suas paixões e fraquezas” não é verdadeiramente livre, não se deve confundir a viabilidade de o indivíduo agir em consecução à sua genuína vontade com a hipótese na qual o indivíduo se vê compelido a guiar-se pela vontade arbitrária de outrem.

Já as liberdades reais consistem na possibilidade física de satisfazer-mos os nossos desejos e aspirações, ou seja, na efetiva viabilidade de atuarmos em consonância às nossas resoluções pessoais. Não se deve confundir, contudo, liberdade com riqueza, ou seja, a viabilidade de atuação em consonância com a própria vontade com a gama de alternativas de escolhas que se encontram, efetivamente, disponíveis a determinado indivíduo. Nessa esteira, “o cortesão que vive no luxo, mas está sujeito à vontade do seu príncipe, pode ser muito menos livre que o camponês pobre ou o artesão e menos capaz de viver a sua própria vida e de escolher as próprias oportunidades de sentir-se útil”.<sup>58</sup> Hayek adverte, ainda, que esse conceito “socialista” de liberdade não significa senão a destruição da liberdade individual, permitindo que a liberdade individual fosse substituída pelo poder estatal totalitário, e, via de consequência, resultando na morte da liberdade em nome da própria liberdade. Assim, ainda que a liberdade não se equipare às noções de felicidade ou de bem-estar, e eventualmente um

58 HAYEK, F. A. *Os Fundamentos da Liberdade*, p. 13.

mendigo livre prefira estar na condição de um conscrito não livre, cuida-se de estados distintos, de modo que a utilização do mesmo termo em nada contribui para o esclarecimento dos conceitos que lhe são subjacentes.

Apesar de os referidos argumentos evidenciarem a necessidade de serem utilizados termos distintos para designar estados de coisas diferentes, eles não se revelam suficientes para suportar a tese de que a liberdade não é apenas um valor que concorre com demais valores morais, mas “é pressuposto ético indiscutível”, ou, em outras palavras, “fonte e condição essencial da maioria dos valores morais.”<sup>59</sup> Não se verifica na obra de Hayek, porém, uma ênfase nos fundamentos morais do liberalismo, ou, mais especificamente, na busca de um método de justificação procedimental e neutro para a construção de princípios de justiça de validade universal. Nada obstante, o fato do pluralismo nas sociedades liberais contemporâneas, do qual decorre a impossibilidade do uso do poder de império do Estado para a imposição aos indivíduos em geral de uma determinada concepção de vida boa, consiste em questão central do debate liberal contemporâneo. Para Hayek, o verdadeiro desafio não era compatibilizar a coercitibilidade das normas de conduta baixadas pelo governo com o pluralismo político, mas combater as diversas formas de totalitarismos (socialismos, facismos, nazismo, etc.), sobretudo mediante a reafirmação do desgastado ideal da liberdade e o engendramento de um desenho institucional apto a preservá-la. Em poucas palavras: o pluralismo não era o problema, mas potencialmente a solução, circunstância que nos ajuda a compreender a discrepância entre a influência exercida por Hayek na política e a - relativamente reduzida - repercussão das suas obras nos meios acadêmicos.<sup>60</sup>

### 3.3 Ordens sociais espontâneas e os limites da razão humana

Um dos tópicos fundamentais do edifício teórico de Hayek é a distinção entre os conceitos de ordem planejada (*taxi*) e de ordem espontânea (*keosmos*).<sup>61</sup> As ordens planejadas são fruto da vontade humana, qua-

59 HAYEK, F. A. *Os Fundamentos da Liberdade*, p. XXXVI et. seq.

60 KUKATHAS, Chandran. Hayek and liberalism. In: *Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit., p. 196.

61 Hayek conceitua ordem como “uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir de nosso contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenham probabilidade de estar corretas. V. HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 1: Normas e Ordem*. São Paulo: Visão, 1985, p. 36.

lificando-se como artificiais ou exógenas, servindo ao propósito do seu criador, a par de apresentarem, em regra, um nível de complexidade reduzido. Já as ordens espontâneas decorrem da interação de ações humanas, mas não da vontade de um ou mais indivíduos. Tais ordens, embora não sejam, necessariamente, complexas, podem atingir um grau de complexidade inimaginável para as ordens planejadas, pois são capazes de abranger um número de fatos e particularidades que nenhum cérebro humano é capaz de manipular. Isso porque tais ordens espontâneas, quando emergem na vida social, utilizam-se de conhecimentos práticos que não podem ser processados por uma ordem planejada, na medida em que se encontram fragmentados entre milhões de pessoas e condensados em tradições, práticas e instituições que sobreviveram a um processo de seleção cultural.<sup>62</sup>

Na natureza, as ordens espontâneas são diversas e notórias: p. ex., a evolução das espécies segundo a teoria de Darwin e os processos físicos. Porém, no âmbito das sociedades humanas também são encontradas ordens espontâneas, como, v.g., a linguagem, a moeda, o desenvolvimento tecnológico, a moral e o direito. Hayek salienta que a afirmação da evolução espontânea das ordens sociais permite a superação da enganosa dicotomia, herdada dos gregos, entre o mundo natural (*physis*), cujos elementos existiriam independentemente da ação humana, e o mundo convencional (*nomos*), cujos elementos decorreriam da vontade humana. As ordens sociais espontâneas se consubstanciam numa terceira via: nem são independentes da ação humana, nem decorrem da vontade deliberada do homem, mas são resultado da interação de práticas e costumes que se consolidaram ao longo do tempo e que se auto-orientam por regras de ação e de percepção oriundas de um processo de seleção cultural. Há aqui, claramente, uma analogia com o método darwiniano da seleção natural.<sup>63</sup> Explica-se: instituições e estruturas sociais - v.g. as religiões e os modos de produção - prevalecerão na medida da aptidão de reprodução e de adaptabilidade do grupo que as pratica.<sup>64</sup>

Subjacente ao delineamento das ordens sociais espontâneas, há uma crítica ao racionalismo construtivista. Tal concepção, que deita raízes em

62 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Op. Cit., p. 41.

63 Hayek contesta essa recorrente assertiva, visto que considera que foi Darwin quem tomou emprestado o conceito de evolução das ciências sociais, e não vice-versa, pois a sua teoria da evolução das espécies foi influenciada por processos sociais evolutivos como a linguagem, a moral, o direito e a moeda. V. HAYEK, *Ibid.*, p. 21.

64 GRAY, John. *Hayek on Liberty*. 3ª ed. New York: Routledge, 1999, p. 32

Platão e no Cristianismo, foi adotado por doutrinas sociais importantes e variadas (socialismo, liberalismo-igualitário (Rawls) e mesmo por liberais clássicos, como Locke), atingindo a sua mais completa expressão com o racionalismo de René Descartes. Segundo tal perspectiva, as instituições sociais só servirão aos nossos propósitos se tiverem sido concebidas pela vontade humana e lograrem concretizar a finalidade que inspirou a sua criação. Entretanto, Hayek salienta que muitas instituições sociais resultaram de costumes, hábitos ou práticas que não foram inventados, nem são explicados por um raciocínio silogístico.

A par disso, o planejamento de uma ação pressupõe o conhecimento dos fatos relevantes. Embora tal exigência seja razoável para um engenheiro que constrói uma casa, ou para os dirigentes de uma organização hierarquizada, como uma empresa ou um exército, o conhecimento de todos os aspectos relevantes do desenvolvimento da sociedade revela-se inviável. Nesse particular, não podem ser olvidados os *limites da razão humana*, bem ilustrados pela máxima socrática, segundo a qual o reconhecimento da nossa ignorância é o começo da sabedoria. De fato, pouco se atentou para a inelutável ignorância dos homens a respeito da maioria das bases em que se assenta o processo da civilização,<sup>65</sup> revelando-se arrogante a autoatribuição pelo homem da capacidade de planejar, controlar e redirecionar o desenvolvimento da sociedade. Ao contrário, a sociedade se compõe de uma rede de práticas e de tradições que fornecem ao indivíduo informações que guiarão as suas ações individuais e permitirão a realização do seu próprio ideal de vida boa. A imposição por outros indivíduos (ou pelo governo) de uma determinada finalidade que deva guiar a evolução da sociedade só bloqueará a plena transmissão e o crescimento do conhecimento, além de causar prejuízo à tutela da liberdade individual.

É exatamente a impossibilidade de qualquer cérebro humano, ou mesmo de um computador possuir e processar tal gama de informações, que explica o fracasso dos cálculos realizados pelo planejamento econômico nos países socialistas. Somente o sistema de preços pode condensar tal espectro amplíssimo de informações. O conhecimento produzido pelo sistema de preços pode ser usado por todas as pessoas, mas ninguém o possuiria na ausência de tal sistema, pois só a operação do próprio mercado pode extrair

---

65 HAYEK, Friedrich A. von. *Os Fundamentos da Liberdade*. Op. cit., p. 19.

tal conhecimento prático que é fundamental para os atores do mercado.<sup>66</sup> Daí a conclusão de que, ao contrário do que pensam os socialistas, não há alternativa viável à economia de mercado, pois o sistema de preços não pode ser substituído por qualquer mecanismo teórico de simulação de mercado. Três ideias são, portanto, cruciais para a construção da tese acerca da impossibilidade prática do cálculo econômico em economias planejadas: (i) a atividade econômica depende do conhecimento sobre as necessidades, vontades e disponibilidades financeiras dos indivíduos em geral; (ii) esse conhecimento prático se encontra disperso na sociedade, não sendo retido por nenhum indivíduo; (iii) na livre troca de bens e serviços, o mecanismo do preço dá acesso ao encarecido conhecimento.<sup>67</sup>

Tais noções assumiram destacado relevo na construção da tese acerca do caráter liberticida das economias planejadas, desenvolvida em seu clássico “O Caminho da Servidão” (1944). Como esclarecido por Hayek no prefácio à edição norte-americana de 1975, o propósito básico do livro era formular uma advertência à *intelligentsia* socialista inglesa, no sentido de que os fascismos e o socialismo<sup>68</sup> são variações do mesmo totalitarismo que o controle centralizado da economia tende a produzir, e que o Estado do Bem-Estar Social, embora não pretenda reconstruir a sociedade desde os seus alicerces, ao chamar para si a tarefa de realizar a justiça social, não raro se vale de instrumentos que também são incompatíveis com uma sociedade livre.<sup>69</sup>

Hayek considera falaciosa a tentativa de os pensadores socialistas se autointitularem herdeiros da tradição da liberdade no Ocidente, mediante a construção do conceito de liberdade real.<sup>70</sup> Com efeito, o que fora divulgado como o caminho da efetiva liberdade não é outra coisa senão o caminho da servidão. Cumpre esclarecer que doutrinas coletivistas, como a socialista, pressupõem o planejamento da economia, assim compreendida a atribuição a uma autoridade central do poder de dirigir a economia

66 GRAY, John. *Hayek on Liberty*. p. 38/39.

67 SCRUTON, Roger. Hayek and conservatism. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit.. p. 210.

68 A bem da clareza, convém elucidarmos o conceito de socialismo com o qual Hayek trabalha “o socialismo significa a extinção da iniciativa particular, da propriedade particular dos meios de produção e a criação de um sistema de “economia planejada”, no qual o empreendedor que trabalha visando ao lucro é substituído por um órgão central de planejamento”. V. HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977, p. 31.

69 HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*. Op. cit., p. XVII.

70 V. 3.2.

de acordo com um plano unitário, que estabeleça como os recursos e bens sociais serão divididos em atenção a um padrão pré-definido.<sup>71</sup> As variações do coletivismo diferem entre si quanto à finalidade que a atuação social concertada deve concretizar, e distinguem-se do liberalismo precisamente pelo último negar a direção da atuação da sociedade em busca da satisfação de objetivo(s) particular(es).

Note-se que tais objetivos sociais são frequentemente descritos de maneira vaga: v.g., “bem comum”, “interesse público”, etc. Porém, a direção total das nossas atividades de acordo com tais finalidades pressupõe que as necessidades e desejos de todos os indivíduos sejam postos numa escala de valores. Porém, esse código moral completo - se existisse - não poderia ser concebido nem pelas mentes mais brilhantes, além de haver nas sociedades pluralistas contemporâneas um profundo desacordo sobre o seu teor. Eis a premissa fundamental do liberalismo: os limites da razão humana impedem que os indivíduos vislumbrem as necessidades e preferências de todos os membros da sociedade, de modo que tal escala só pode existir nos pensamentos de cada indivíduo, os quais conflitam, reiteradamente, entre si. Daí extraírem os liberais que o indivíduo deve, dentro de certas balizas, seguir os seus próprios valores e preferências ao invés dos alheios, de maneira a ser, nesse âmbito, o juiz supremo das suas próprias finalidades.

Entretanto, o planejamento econômico, ao exigir uma direção única das atividades econômicas, tende naturalmente a totalitarismos, na medida em que instrumentos típicos das democracias liberais, como, p.ex, a competência de os parlamentos definirem as normas gerais regentes da vida em sociedade, a separação de poderes e os seus mecanismos de freios e contrapesos, etc., criam embaraços à implementação de um plano único e coordenado. Nessa linha, a oposição entre planejamento econômico e democracia surge em virtude de a direção da economia ser feita por um corpo de técnicos com um poder supremo que não pode ser obstaculizado pelas instituições democráticas. Assim, a democracia apresenta um obstáculo à supressão da liberdade que é exigida pelo planejamento econômico, ou, nas palavras de Hayek “o planejamento conduz à ditadura porque esta é o instrumento mais eficaz de coerção e de imposição de ideias, e como

---

71 HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*, Op. cit., p. 34.

tal, de importância essencial para que o planejamento em larga escala se torne possível.<sup>72</sup> Assim, um governo eleito que promova o planejamento econômico deve ser qualificado como uma “ditadura da maioria”, e não como um regime genuinamente democrático.

Destaque-se que Hayek não considera a democracia um fim em si mesmo, senão um meio para a promoção da liberdade individual. Igual propósito é perseguido pelos princípios que integram a noção de *Estado de Direito*. De forma breve, a concepção de Hayek acerca do Estado de Direito enfatiza a sujeição dos cidadãos e do governo a normas gerais, abstratas e prévias, as quais viabilizam que os indivíduos prevejam a atuação coercitiva estatal e que, dentro desse marco fixado pelo direito, planejem as suas vidas pessoal e econômica com base nas suas próprias finalidades. Tais normas devem ser de índole formal, vale dizer, devem se referir a situações em que qualquer indivíduo possa se encontrar e, dessa forma, são aplicáveis a pessoas desconhecidas, segundo a finalidade que tais pessoas resolvam dar-lhes, e em circunstâncias que não podem ser previstas em detalhes. Assim, não se destinam à satisfação de propósitos específicos, mas sequer sabemos a que propósitos particulares servirão, sendo, precisamente, a nossa ignorância sobre os seus resultados o seu principal “mérito”.

Com efeito, para que a ação estatal seja previsível, permitindo que o indivíduo faça seus planos, o governo deve se guiar por regras fixadas independentemente de circunstâncias concretas, que somente podem ser conhecidas no momento da aplicação da norma. Por outro lado, para que o governo possa dirigir amplamente a economia, a sua atuação deve se guiar pelas peculiaridades da situação presente no momento da decisão, de maneira que tais decisões são imprevisíveis *ex ante*. Disso decorre a inexorabilidade da concessão de uma dose amplíssima de poder discricionário à autoridade estatal responsável pela direção da economia. Aliás, é bem conhecido o argumento dos socialistas de que o planejamento da economia não pode ser regido por normas gerais editadas pelo Legislativo, diante, precisamente, da necessidade de o planejador adequar a sua decisão às particularidades dos casos concretos. Logo, “quanto mais o Estado planeja, mais difícil se torna o planejamento do indivíduo”.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*, Op. cit., p. 66.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 73.

Ademais, a arbitrariedade da ação estatal fora do quadro das normas formais se revela não apenas por sua imprevisibilidade, mas igualmente por sua imparcialidade. De fato, só se pode exigir imparcialidade do legislador caso este não possa conhecer, no momento da edição das leis, o seu efeito sobre os objetivos individuais. Assim, se o Estado puder prever o efeito gerado pela aplicação das suas normas a toda e qualquer pessoa ou situação que se insira na sua hipótese de incidência, será o Estado, e não o indivíduo, quem escolherá a finalidade da atuação de tal ou qual maneira. Portanto, quando as leis se tornam instrumentos destinados à realização de finalidades específicas, o direito se demite da sua função de fixar o quadro normativo dentro do qual as pessoas desenvolverão plenamente a sua personalidade, convolvando-se em instrumento arbitrário de imposição de visões morais particulares ao povo. A incompatibilidade entre planejamento econômico e Estado de Direito não significa que um governo de economia planificada seja, necessariamente, um governo sem lei, mas apenas que o exercício do poder de império do Estado não estará limitado por normas gerais e prévias. Se a lei confere poderes ilimitados a um órgão composto por economistas, para a direção de todas as atividades econômicas, os seus atos serão legais, porém arbitrários, visto que a coerção exercida em face dos indivíduos inviabilizará a instalação de uma sociedade livre.

*Não apenas os regimes de economia planificada são incompatíveis com a liberdade, como igualmente os chamados Estados do Bem-Estar Social, que visam à promoção da justiça “social” ou “distributiva”.* Aliás, a busca por uma distribuição justa da riqueza é o elemento socialista comum entre os Estados socialistas e do Bem-Estar Social, ainda que os meios para sua realização sejam bem distintos (propriedade coletiva dos meios de produção e tributação com fins redistributivos, respectivamente). A propósito, Hayek confessa ser alérgico ao conceito de justiça social, a qual considera vazio de sentido, símbolo da demagogia e do jornalismo barato, uma superstição quase religiosa, que constitui a mais grave ameaça à liberdade, enfim, uma miragem.<sup>74</sup>

Hayek salienta que a noção de justiça social se baseia no equívoco de considerar que a sociedade e o mercado se guiam por uma vontade deliberada. Com efeito, a justiça social pressupõe a existência de um poder

74 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social.* São Paulo: Visão, 1985, p. 85, 118. A propósito, o subtítulo do presente volume é, como antes consignado, a miragem da justiça social.

cuja função seja a instituição de uma determinada forma de organização social destinada à distribuição a pessoas e grupos, segundo um critério “justo”, de cotas dos rendimentos e bens produzidos pela sociedade. Hayek considera que, caso tal poder existisse na economia de mercado, a distribuição de riqueza que dela derivaria poderia, de fato, ser considerada justa ou injusta. Entretanto, numa sociedade de mercado, as cotas de riqueza recebidas pelos indivíduos são resultado de um processo impessoal cujos efeitos sobre pessoas específicas não foram predeterminados por ninguém no momento do estabelecimento do desenho das instituições.

Adiantando-se à natural objeção, Hayek afirma que tais razões não conduzem a uma postura de indiferença em relação à situação dos menos afortunados. Ao contrário, assim como nos revolta uma sucessão de calamidades sofridas por uma família, a paralisação da carreira de um jovem brilhante por um infortúnio, etc., causa igual dissabor o sucesso imerecido de um profissional e o fracasso de outro que seja mais inteligente e dedicado que o primeiro. Todavia, tendo em vista que a justiça é um atributo das ações humanas, mas não de circunstâncias causadas pelos homens de maneira não intencional,<sup>75</sup> em ambas as séries de exemplos não há a quem culpar, pois tais situações não decorrem da vontade de um ou mais indivíduos, mas de fatalidades ou do processo impessoal do mercado, respectivamente. Numa sociedade livre, em que todos têm o direito de usar o seu conhecimento para, dentro do marco estabelecido pelo direito, satisfazer os seus propósitos, Hayek considera que o conceito de justiça social é necessariamente despido de significado. Assim, não é enganosa a conclusão de que a distribuição de renda num mercado livre não se reconduza a nenhum princípio de justiça; o que não se afigura correto é considerarmos-lo injusto e buscarmos algum culpado por isso, pois “a posição dos diferentes indivíduos não resulta do desígnio de quem quer que seja.”<sup>76</sup>

A bem da verdade, a única culpa implícita em tal formulação é a de não termos freado o desenvolvimento natural de um sistema guiado por normas genéricas, abstratas, prévias, que aumentou significativamente a possibilidade da realização dos projetos particulares de vida, mas ao custo de todos os indivíduos correrem o risco de sofrer um fracasso

75 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social*. Op. Cit., p. 89.

76 *Ibid.*, p. 88.

imerecido. Trata-se de um processo análogo a um jogo: sujeito a regras preestabelecidas, haverá ganhadores e perdedores, em resultado que decorrerá, em parte, da habilidade, e, em parte, da sorte de cada jogador, parecendo irrazoável que, caso as regras tenham sido observadas, o resultado seja tachado de injusto e, por conseguinte, anulado, em virtude de o mais habilidoso ter perdido para o de maior sorte.

Costuma-se preencher o sentido do conceito de justiça social através do recurso à noção de igualdade: as diferenças de renda deveriam ser justificadas por algum interesse comum aos membros da sociedade. Porém os ganhos auferidos numa economia de mercado não têm a função de recompensas por empenho, mérito, inteligência, necessidade, etc.; ao revés, os preços pagos por salários e demais fatores de produção não se amoldam a quaisquer desses fatores, mas se guiam por circunstâncias relativas ao valor que é atribuído a tais bens sociais pelos indivíduos interessados na sua aquisição, as quais ninguém conhece em sua totalidade, e só podem ser reveladas pelo sistema de preços. Ademais, a postulação de igualdade material também pressupõe que a distribuição de riqueza numa economia de mercado decorra da ação humana deliberada, e não de processos impessoais do mercado. A bem da verdade, a igualdade material somente se torna factível se o governo não se limitar a tratar os cidadãos em conformidade com as mesmas normas preestabelecidas (igualdade formal), mas se dispuser a tratar os cidadãos de forma distinta para a satisfação do ideal de equiparação material. Assim, assegurar a mesma posição material a pessoas que diferem bastante em suas aptidões exige que o governo as trate diferentemente para compensar as desvantagens de alguns, gerando inelutável conflito entre as vertentes formal e material da igualdade.

Por outro lado, a igualdade material exige que o governo oriente a atuação dos indivíduos. Explica-se: se o valor da retribuição que os indivíduos esperam por suas atividades já não constitui indicação apropriada da forma como dirigir esforços para os setores em que se fazem mais necessários, visto corresponderem não ao valor dado aos seus serviços por seus semelhantes (sistema de preços), mas ao suposto mérito pessoal, então o papel de o sistema de preços nortear o valor dos bens sociais deverá ser substituído pela avaliação de uma autoridade central. Para tal desiderato, essa autoridade teria que destinar pessoas a determinadas tarefas, orientando-se não por considerações de justiça e igualdade, mas com base

na eficiência desse arranjo para a concreção do seu objetivo. Disso decorre que “não menos que na ordem de mercado, os indivíduos teriam de se submeter, no interesse comum, a grande desigualdade – só que esta seria determinada não pela interação de habilidades individuais num processo impessoal, mas pela decisão incontestável da autoridade.”<sup>77</sup> Dessa forma, a autoridade responsável pela promoção de “justiça social” deveria reter poderes abusivos para compelir os indivíduos a agir em consonância ao seu plano, sujeitando os indivíduos ao arbítrio de uma elite da burocracia administrativa, no âmbito de um regime totalitário. *Daí concluir que igualdade material e liberdade são irreconciliáveis.*

Hayek afirma, expressamente, que da sua crítica ao caráter liberticida do Estado do Bem-Estar Social não decorre a adoção da doutrina do *laisser-faire*. Ao contrário, deve o Estado valer-se de (i) instrumentos coercitivos para a proteção da concorrência - aí compreendidas não apenas as medidas antitruste, mas também relativas à proteção da saúde e da segurança de trabalhadores e consumidores -, (ii) atuar onde a iniciativa privada não o faz, pelo lucro não compensar a despesa,<sup>78</sup> (iii) prover uma renda mínima aos hipossuficientes, (iv) adotar medidas de proteção de crianças e adolescentes desamparados,<sup>79</sup> etc.

Neste ponto, vale mencionar a famosa crítica de Keynes a Hayek, formulada numa famosa carta que lhe enviou a propósito de parabenizá-lo pela precisa demonstração da contrariedade entre regimes de economia planificada e a liberdade, elaborada no seu “O Caminho da Servidão”. Tendo em vista Hayek reconhecer a necessidade de uma agenda positiva para o Estado, a questão fulcral - afirmou Keynes - era definir onde traçar a linha que distingue as ações estatais reverentes à liberdade daquelas que lhe são contrárias. Porém, como destacado por Keynes, Hayek não deu uma indicação segura de onde tal linha deveria ser desenhada, pois, apesar de propugnar por um meio-termo entre o absentismo do *laisser-faire* e um Estado do Bem-Estar Social altamente planificado, as teses de que (i) a aproximação do governo - sutil que fosse - no sentido do planejamento o conduziria a um caminho escorregadio que acabaria no precipício do

77 HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social*. Op. Cit., p. 103.

78 HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*. Op. cit., p. 37.

79 HAYEK, Friedrich A. von. HAYEK, Friedrich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume 2: A miragem da justiça social*. Op. cit., p. 108 e 109.

totalitarismo, e de que (ii) o governo deveria ter um sistema de segurança social, parecem contraditórias, à míngua de um desenvolvimento mais satisfatório. Relega-se, portanto, o âmbito de atuação legítima do Estado a um espaço indeterminado. Por exemplo, saúde e educação em favor daqueles que não podem adquirir tais serviços no mercado devem ser custeadas com recursos públicos? Hayek não se manifesta claramente sobre tais questões.<sup>80</sup>

A objeção de Keynes desempenhou um papel fundamental nas preocupações acadêmicas que nortearam Hayek entre as publicações de “O Caminho da Servidão” (1944) e “Os Fundamentos da Liberdade” (1960). Em resumo, a sua resposta é que o norte da distinção entre as atuações estatais legítimas e ilegítimas consiste na sua consonância às exigências impostas pelo Estado de Direito, sobretudo a preexistência de norma geral e abstrata e a igualdade perante a lei.<sup>81</sup>

### 3.4 O Estado de Direito e a proteção da liberdade.

Hayek considera a liberdade individual uma criatura da lei, não existindo fora da sociedade. Porém a lei não deve ser interpretada como revelação da vontade do poder soberano, mas, na sua aceção substantiva, reveste-se de determinados atributos. Em “*The Constitution of Liberty*” Hayek se alinha à tradição do *Rechtsstaat*, destacando os papéis exercidos pela vinculação positiva do administrador público à lei e pela separação de poderes para a contenção do arbítrio estatal, além de buscar igual propósito em características necessárias das leis em sentido material: (i) abstração - destinar-se a casos desconhecidos, sem fazer referência a pessoas, lugares ou objetos -, (ii) efeitos prospectivos, (iii) serem conhecidas, claras e estáveis, de forma a assegurar-se previsibilidade mínima ao resultado da sua aplicação, e (iv) caráter genérico no que tange aos seus destinatários, a qual consiste em garantia da igualdade perante a lei, ao vedar que a lei sirva de instrumento para tratamentos discriminatórios.<sup>82</sup>

A construção do conceito de Estado de Direito segundo a tradição do *Rechtsstaat* havia, historicamente, se identificado com o direito codifica-

80 SKIDELSKY, Robert. Hayek versus Keynes. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit. p. 102.

81 SHEARMUR, Jeremy. Hayek's politics. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit. p. 149.

82 HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. p. 247/267.

do. Todavia, após a edição do “*The Constitution of Liberty*”, Hayek parece ter se sensibilizado com a crítica que lhe foi formulada por Bruno Leoni, no sentido de que a centralização da função legislativa nos Parlamentos enfrentava muitas das dificuldades identificadas pelo próprio Hayek no que concerne ao planejamento econômico.<sup>83</sup> Com efeito, da mesma forma que a direção central da economia produz perdas e um nível de coordenação bem menos elaborado do que o produzido pelo mercado, a direção central da legislação não atinge as sutilezas da *commom law* nas suas respostas a circunstâncias complexas e mutáveis. A *commom law*, portanto, se revela mais apta a prover aos cidadãos uma estrutura legal estável do que o direito positivo, pois o último tende a sujeitar-se a frequentes mudanças, fruto, não raro, de idiosincrasias de maiorias transitórias.<sup>84</sup> Nesse particular, a evolução do seu pensamento se evidencia no primeiro volume do “*Law, Legislation and Liberty*” (*Rules and Order*).

A propósito, Hayek distingue *thesis* (legislação) de *nomos* (lei), na esteira de tradicional distinção semântica existente em várias línguas (v.g. *legge v. diritto, loi v. droit, Gesetz v. Recht, legislation v. law, zákón v. právo, etc.*). *Thesis* (legislação) é imposta de cima para baixo (*top-down*) pelo soberano (seja ele rei ou assembleia eleita), resultado da sua criação intencional e, portanto, de um processo coercitivo que se destina à realização de interesses específicos, e que, nesse viés, apresenta uma natural tendência a ser contrário à liberdade. Ademais, mesmo legisladores democraticamente eleitos e bem-intencionados não possuem todos os conhecimentos acerca das circunstâncias concretas que envolvem a aplicação da norma, de modo que as suas leis, boas ou más, serão inevitavelmente incompletas. Note-se, assim, que o problema dos limites da razão humana, central na sua crítica ao planejamento econômico, assume também um papel de destaque nas suas objeções à legislação *produzida* pelos Parlamentos.<sup>85</sup>

Já *nomos* (lei) surge da interação dos indivíduos que buscam coordenar as suas ações e resolver pacificamente as suas disputas, sendo resultado da ação humana, mas não da vontade deliberada de quem quer que seja. Aplicando-se no âmbito jurídico a diferença acima exposta a respeito das

83 CF. LEONI, Bruno. *Freedom and the Law*. New Jersey: D. Van Nostrand, 1961, p. 21/22.

84 GRAY, John., *Hayek on Liberty*. Op. cit. p. 69.

85 SKOBLE, Acon J. Hayek the philosopher of law. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit. p. 176 e seq.

ordens espontâneas e planejadas (*kosmos e taxis*), o direito também pode ser considerado uma ordem espontânea, quando for resultado de mecanismos desenvolvidos pela interação dos indivíduos com vistas a garantir a sua coexistência pacífica numa determinada comunidade.<sup>86</sup> Exemplo típico do que se vem de expor é, precisamente, a *commom law*, pois, nesse sistema, as normas de conduta não são fruto do desígnio de maiorias eventuais, mas são construídas a partir de reiterados comportamentos que emergem na sociedade, sobre os quais é construído um consenso acerca da capacidade de essas normas resolverem, de forma justa, as disputas entre os seus membros. Enquanto as normas baixadas por um Parlamento podem ser utilizadas para instituir uma nova ordem jurídica que vise a guiar o desenvolvimento da sociedade de acordo com algum plano idealmente concebido, a *commom law* desvia-se do objetivo de promover uma espécie de “engenharia social”, destinando-se tão somente a promover a justiça no sentido que lhe é próprio: punir e corrigir ações injustas (justiça comutativa). Os procedimentos da *commom law*, assim, evitam que o direito seja usado para dirigir o desenvolvimento da sociedade, redistribuir propriedades, suprimir expectativas legítimas e direitos, conceder privilégios, etc.<sup>87</sup>

Hayek considera que a atribuição ao juiz do poder de decidir uma disputa sem lastro numa norma *escrita* preestabelecida (presente no sistema do *commom law*), não pode ser equiparada à atividade discricionária de uma autoridade administrativa. Isso porque, ao contrário dos positivistas, não considera que o direito seja criado pelo legislador ou pelo juiz. Hayek afirma a objetividade do direito, de maneira que a sua aplicação consistiria em atividade cognitiva, mesmo quando o juiz se deparar com um caso difícil. O filósofo austríaco salienta que, no momento em que o Parlamento inglês se afirmou como instituição legislativa, ele vislumbrava o direito como um sistema independente e preexistente de normas, que surgiu naturalmente na sociedade, cumprindo-lhe, assim como aos juizes, descobrir e desenvolver tais normas. Entretanto, os positivistas reverteram essa lógica, engendrando doutrina equivocada e perigosa. A propósito, o positivismo considera a lei resultado da vontade deliberada do corpo soberano, colocando nas mãos do legislador uma autorização indefinida para impor normas obrigatórias sobre todos os setores da sociedade, a par de

<sup>86</sup> SKOBLE, Aeon J. Id.

<sup>87</sup> SCRUTON, Roger. Hayek and conservatism. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit, p. 213.

desviar o direito do seu propósito de corrigir injustiças. Trata-se do triunfo de visões antiliberais (i.e. Hobbes) acerca da soberania, que colocam um corpo soberano acima do direito, tornando os juízes incapazes de conter os avanços de governos arbitrários.<sup>88</sup>

Por outro lado, a perspectiva evolucionista que adota confere ao desenvolvimento e à mudança do direito uma abrangência bastante superior a que os teóricos do direito natural costumam conferir. Nesse viés, afirma que nenhuma lista fechada de direitos fundamentais se compatibiliza com as circunstâncias mutáveis das sociedades, o que se evidencia, p. ex., pelas novas técnicas de comunicação imporem a necessidade de uma releitura do direito à privacidade.<sup>89</sup> Ademais, a ideia de que a liberdade é uma criatura da lei, negando-lhe caráter pré-político, parece afastá-lo definitivamente dos jusnaturalistas e aproximá-lo, paradoxalmente, de um relativismo moral próprio das versões mais radicais do positivismo jurídico. De fato, é recorrente a crítica de que a filosofia política de Hayek não possui, em sua base, um compromisso com a inviolabilidade dos direitos fundamentais.<sup>90</sup>

Apesar de a teoria da justiça de Hayek não ser fundada em direitos (*right-based*), tendo, na verdade, natureza procedimental, uso que faz do teste kantiano da universalização não pode ser considerado puramente formal, demarcando, ao revés, um espaço de livre atuação individual. Isto porque ele não se encerra num postulado formal de não discriminação entre casos iguais, mas possui outros dois elementos: o dever de imparcialidade em relação aos interesses de todos os envolvidos, e o seu corolário, qual seja, a impossibilidade de impormos a nossa particular visão de vida boa ou digna aos demais indivíduos. Assim, a aplicação do teste kantiano da universalização conduz a uma ordem liberal.<sup>91</sup>

Releva notar, contudo, que é a partir da análise da influência exercida por David Hume sobre a sua obra que se pode vislumbrar a existência de um “conteúdo mínimo do direito natural”. De fato, Hayek inspira-se em Hume ao afirmar que, em virtude da generosidade e da inteligência limitadas dos seres humanos, e da escassez dos meios para atender a todas as necessidades humanas, são concebidas três leis fundamentais da nature-

88 SCRUTON, Roger. Hayek and conservatism. *The Cambridge Companion to Hayek*. Op. cit, p. 216.

89 GRAY, John. *Hayek on Liberty*. Op. cit, p. 68.

90 RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. In: *The Law Quarterly Review*, 1977, n° 93, p. 195/ 209.

91 GRAY, John., *Hayek on Liberty*. Op. cit., p. 60/61.

za: a estabilidade das propriedades, a sua transferência pelo consentimento, e o cumprimento das promessas. A justificativa da permanência dessas regras fundamentais de justiça e da adaptabilidade de outras convenções morais menos essenciais é a promoção do bem-estar. Embora tal fundamentação denote um traço utilitarista em sua teoria moral, cuida-se de um *utilitarismo indireto*, na medida em que a defesa da noção de utilidade para resolver questões práticas contrasta com os multicitados limites da razão humana. O princípio da utilidade não assume, portanto, uma conotação prescritiva, mas se consubstancia em *standard* de avaliação do sistema de regras e práticas morais.<sup>92</sup>

É bem de ver que Hayek não vislumbra uma oposição entre princípios de justiça e a maximização do bem-estar geral: ao contrário, a salvaguarda de uma estrutura de princípios de justiça consiste em condição indispensável para a promoção do bem-estar geral, desde que tal conceito esteja associado à maximização das chances de um indivíduo anônimo satisfazer finalidades desconhecidas. Assim, a ênfase conferida às tradições jurídicas de uma comunidade não nos vincula, necessariamente, ao corpo histórico de normas sociais tais quais nós o encontramos, mas admite a sua reforma em ordem a maximizar as chances do “anônimo” realizar as suas finalidades. Além disso, se os indivíduos são livres para usar os seus conhecimentos e recursos em benefício próprio, eles devem fazê-lo num contexto de leis conhecidas. Assim, mediante a noção de liberdade através da lei, Hayek busca demonstrar a convergência entre justiça e bem-estar geral.

## 5. O libertarianismo e a Constituição de 1988.

As críticas formuladas ao libertarianismo são várias e notórias, cabendo-nos aqui tão somente discutir aquelas que nos parecem mais pertinentes à realidade brasileira.<sup>93</sup> Inicialmente, é bem de ver que, com a crise vivenciada pela metafísica em um mundo desencantado como o atual, parece pouco convincente fundamentar a supremacia absoluta da liberdade como ausência de coerção em face dos demais valores morais, p. ex., na “capacidade de o ser humano fazer planos de longo prazo para

<sup>92</sup> GRAY, John., *Hayek on Liberty*. Op. cit., p. 59.

<sup>93</sup> Para uma crítica mais ampla ao libertarianismo conferir DUNCAN, Craig. The Errors os Libertarianism. In: *Libertarianism: for and against*. DUNCAN, Craig; MACHAN, Tibor R. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 45/65.

a sua vida”.<sup>94</sup> A propósito, é inevitável que, no âmbito de uma sociedade livre, o exercício da razão humana conduza ao pluralismo, ou seja, a uma pluralidade de doutrinas que se qualificam como abrangentes, por abarcarem diversos aspectos da existência humana (moral, religião, filosofia, e - destaque-se - economia). Portanto, se “não é razoável usar as sanções do poder do Estado para corrigir ou punir aqueles que discordem de nós”,<sup>95</sup> não é legítimo entrincheirar uma doutrina abrangente na constituição com a finalidade de torná-la obrigatória àqueles que a ela não aderem, ou pior, para lhe conferir uma espécie de imunidade em face de mudanças desejadas pelas maiorias constituídas após a geração constituinte.

Assim, as normas alçadas à constituição devem ser interpretadas a partir de uma perspectiva de neutralidade política, a qual se limita à conformação da estrutura básica de um sistema equitativo de cooperação social,<sup>96</sup> cuja imparcialidade é garantida pelo fato de ser objeto de consenso sobreposto entre as doutrinas abrangentes razoáveis. Evita-se, portanto, o uso do poder de império do Estado para a imposição aos indivíduos em geral de uma doutrina abrangente particular que seja adotada por maiorias transitórias ou por minorias bem articuladas politicamente. Competindo aos juízes zelar pela preservação da constituição em face de vontades políticas contingentes, devem necessariamente fazer um uso público da razão, é dizer, utilizar argumentos que possam ser objeto de consenso político, sendo-lhes vedado o emprego de razões cultivadas por doutrinas abrangentes particulares, sob pena de fazerem prevalecer a sua concepção moral sobre a adotada pela maioria política. Em virtude de a sua atuação se restringir a um domínio de neutralidade política, afirma Rawls que “a razão pública é a razão do seu supremo tribunal”, enquanto maior intérprete judicial.<sup>97</sup>

94 Ver a seção 2.2. A respeito da crise da metafísica e da inconsistência de justificativas jusnaturalistas para a preeminência de princípios de justiça de validade universal sobre os demais valores morais, ver HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

95 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 184.

96 Rawls considera que compõem tal estrutura **os elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça**. Nesse rol estão inseridos os princípios fundamentais que estruturam o Estado (prerrogativas dos “poderes” e alcance da regra da maioria), os direitos ao voto e à participação política (nos quais se pode inferir o direito à nacionalidade, como verdadeiro direito a ter direitos), a um mínimo existencial e as liberdades fundamentais, sejam as diretamente vinculadas ao processo democrático (v.g.: liberdade de expressão, de reunião, direito a informação), sejam as que não guardem relação imediata com a democracia (v.g.: liberdade de religião, de ir e vir e de escolha de profissão). V. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Op. cit.

97 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Op. cit., p. 286; 272.

Porém não se quer sustentar a neutralidade do Estado em relação a questões morais e econômicas, a qual ser inviável diante do seu dever de regular a economia e de estabelecer normas que tornem viável o convívio social. A bem da verdade, as maiorias eleitas democraticamente, através da ação dos Poderes Executivo e Legislativo, podem conferir às leis e aos atos administrativos a feição das suas doutrinas abrangentes particulares, desde que não se imiscuem naquilo que é constitucionalmente estabelecido por ser considerado condição mínima de cooperação social (em cujo âmbito se inserem não apenas os direitos a prestações negativas, mas também os direitos a prestações positivas destinados à satisfação do “mínimo existencial”<sup>98</sup>), ante o tendencial consenso obtido entre doutrinas abrangentes e razoáveis acerca do seu teor. Não se pode, portanto, confundir o domínio do que é constitucionalmente obrigatório às maiorias transitórias, daquele que se submete a alterações guiadas por contingências políticas.

A doutrina do liberalismo político, restrita à fórmula e às garantias do Estado de Direito, situa-se no campo do consenso constitucional. Como asseveram Souza Neto e Mendonça, “no passado, também essa dimensão (liberalismo político) enfrentava objeções – sobre elas se erigiram os Estados totalitários e autoritários do início do século XX. Hoje, a crítica ao Estado de Direito é residual. O arranjo é apoiado, inclusive, por doutrinas que se opõem a outras dimensões do projeto liberal. Isso decorre de uma importante característica: o Estado de Direito é um dos elementos centrais da configuração política que permite a cooperação social em um ambiente de pluralismo (o outro elemento é a democracia). Assim é que se pode afirmar que o Estado de Direito, em relação às diversas doutrinas particulares, está circunscrito à esfera da imparcialidade política, podendo ser objeto de adesão estável e generalizada.”<sup>99</sup>

98 Mesmo autores liberais (na vertente do liberalismo-igualitário) reconhecem que a garantia de condições materiais mínimas atuaria como pressuposto à efetiva fruição das liberdades civis. Sobre o conceito de “mínimo existencial”, conferir RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Op. cit.; MICHELMAN, Frank. Welfare rights and constitutional democracy. *Washington University Law Quarterly*, 1979; Id. Constitutional welfare rights and a theory of justice. In: DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls's theory of justice*. California: Stanford University Press, 1989. p. 319/347. Ver, também, ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005. p. 240 et. seq.; BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Idem. *Teoria dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

99 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na*

Assim, enquanto a dimensão política do libertarianismo (liberalismo político) pode ser alcançada por um consenso sobreposto entre doutrinas antes razoáveis, o mesmo não pode ser dito acerca da sua dimensão econômica, pois o liberalismo econômico se qualifica como uma doutrina abrangente particular. Para além de haver dúvidas sobre o caráter majoritário de suas teses centrais - o “Estado Mínimo é tanto inspirador como certo”; os direitos fundamentais se restringem a prestações estatais negativas - fato é que elas se chocam com o núcleo intangível da Constituição de 1988.

A propósito, a Carta de 1988 possui em seu DNA uma inequívoca dimensão social, pois já em seu preâmbulo afirma ser finalidade do Estado “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”. A conjugação dos valores da liberdade e da igualdade prossegue ao longo do texto constitucional. Por exemplo, considera “fundamentos da República” o valor social do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, III), objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, porém igualmente justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais (art. 3º I, II, III). Entre os princípios gerais da ordem econômica, se encontram, por um lado, a propriedade privada, a livre concorrência e a livre iniciativa, mas, por outro, a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a proteção de empresas de pequeno porte, a busca da existência digna, da justiça social, da redução das desigualdades regionais e sociais e do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos II, III, V, VI, VII, VIII e IX). Para além disso, a positivação de um amplo rol de liberdades fundamentais (art. 5º) foi seguida da previsão de um também extenso elenco de direitos sociais (art. 6º), em capítulos insertos no Título II, pertinente aos direitos e garantias fundamentais. Ademais, tanto os direitos de defesa quanto os prestacionais foram dotados de jusfundamentalidade pelo constituinte de 1988, sujeitando-se ambos a um regime jurídico dotado de eficácia reforçada.<sup>100</sup>

Avulta o caráter compromissório da Constituição, que foi concebida a partir do consenso possível entre forças de matizes ideológicos

Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: *A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 718.

100 V. SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. Cit.

bastante distintos. Ainda que haja na Carta de 1988 alguns “compromissos dilatatórios”,<sup>101</sup> pelo adiamento de decisões a respeito de questões específicas em virtude da dificuldade de obter-se um efetivo consenso sobre elas, parece claro que o constituinte (originário e reformador) se preocupou em proteger o indivíduo do eventual exercício abusivo do poder estatal, sem haver, entretanto, descuidado do papel de o Estado promover a satisfação de necessidades básicas do indivíduo. Assim, preconiza-se que *um liberalismo político que enfatize a sua dimensão igualitária fornece parâmetros fundamentais para a interpretação da Constituição de 1988.*

Quanto à proteção da pessoa em face do arbítrio estatal, de uma leitura sistemática da Constituição de 1988 parece lícito inferir que ela considera os indivíduos, independentemente de sua função social, um fim em si mesmo, cujas liberdades fundamentais gozam de uma prioridade *prima facie* em relação à satisfação de necessidades coletivas. Dessa forma, resta constitucionalmente vedada tanto a instituição de um perfeccionismo moral conservador, que impusesse a moral dominante aos indivíduos, através de normas que obrigassem a adoção de condutas tidas como moralmente edificantes, ou vedassem aquelas tidas como reprováveis (i.e. criação de embaraços legais às relações homossexuais); quanto de autoritarismos “progressistas”, típicos de visões totalizantes do Estado de Bem-Estar Social, as quais, conforme denunciara Hayek, tendem a aniquilar as liberdades fundamentais através da concentração excessiva de poderes coercitivos nos aparatos governamentais e de uma primazia do Estado na direção da economia (utilização em larga escala dos seguintes fatores: prestação direta de várias atividades econômicas pelo Estado, monopólios, controle de preços, licenciamentos, tributação elevadíssima, etc.).

Entretanto, o extremo oposto, qual seja, o libertarianismo, igualmente contrasta com a Constituição de 1988. De fato, como se conciliar doutrina que considera a justiça social uma miragem atentatória à liberdade, a propriedade um direito natural irrestringível por considerações baseadas em necessidade, igualdade ou solidariedade, com uma Constituição que erigiu a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais a objetivos fundamentais da República, a justiça social e a valorização do trabalho a princípios gerais da atividade econômica, e a função social da propriedade a limite ao seu legítimo exercício?

101 V. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

Como já se pode entrever, a concepção de pessoa subjacente à Constituição de 1988 é radicalmente distinta da esposada pelo libertarismo. O último adota, nesse particular, uma espécie de “individualismo possessivo”, em que os indivíduos são vistos como seres idealmente iguais que atuariam de forma autointeressada tanto no mercado como no processo político. Desse modo, as liberdades existenciais deveriam receber igual tutela jurídica à conferida às liberdades econômicas, e a solidariedade é equiparada à caridade, concebida apenas como virtude humana e não como norma jurídica obrigatória. Relega-se, portanto, a satisfação das necessidades básicas do hipossuficiente ao altruísmo e à compaixão da família, dos amigos e de instituições de caridade.

Porém, a dimensão social da Constituição de 1988 não permite que o Estado cerre os olhos para as profundas desigualdades fáticas existentes na sociedade, já que reconhece que a opressão ao indivíduo provém não apenas do Estado, mas igualmente de outros indivíduos. Por outro lado, a Constituição de 1988 não estabeleceu hierarquia (jurídico-normativa ou mesmo axiológica) entre os direitos de defesa e prestacionais, reconhecendo como essenciais à preservação da dignidade humana a não interferência em um domínio reservado à liberdade individual, mas também a implementação de políticas públicas destinadas a assegurar um nível mínimo de segurança social aos mais carentes. Assim, na esteira da posição afirmada majoritariamente em sede internacional, reconheceu o constituinte uma relação de interdependência e de complementaridade entre direitos de defesa e prestacionais,<sup>102</sup> conferindo a ambos jusfundamentalidade. Disso decorre que a restrição do rol dos direitos fundamentais às “liberdades civis”, em consonância à concepção libertária, não tem suporte na Carta de 1988, de molde que os conflitos entre direitos fundamentais devem ser resolvidos pela técnica da “ponderação de interesses”, e não mediante a hierarquização absoluta e apriorística dos direitos de defesa em detrimento dos direitos prestacionais.<sup>103</sup>

102 Nesse sentido, a posição oficial da ONU. Confira-se o art. 5º, da Declaração Viena de 1993, aceita unanimemente por 171 Estados, *verbis*: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

103 Sobre a questão das técnicas de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, ver BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Não há dúvidas de que a consagração dos direitos sociais tende a reduzir o âmbito de proteção das liberdades econômicas, ao menos como elas foram concebidas pelo constitucionalismo liberal (basta pensar na reconfiguração do direito de propriedade após a afirmação do conceito de função social, das restrições impostas à autonomia da vontade pelo advento do direito do trabalho). Porém a tendência nas sociedades ocidentais contemporâneas vem sendo a compatibilização entre os referidos direitos fundamentais, a qual se revela não apenas necessária em sociedades como a brasileira, marcada por uma profunda desigualdade social e por um renitente patrimonialismo, como juridicamente obrigatória pela letra da constituição em vigor.

Com efeito, embora em países desenvolvidos talvez possua alguma plausibilidade a afirmação dos libertários de que é rara a situação de alguém que não tem como prover a sua subsistência, por seus próprios meios ou mediante o suporte de familiares, amigos, ou instituições de caridade, o mesmo, infelizmente, não se pode dizer em sociedades como a brasileira, a qual longe está de realizar as promessas da modernidade. Por aqui, para além de a tutela das liberdades civis ser precária, uma parcela significativa da sua população vive abaixo da linha da pobreza. Enfim, em sociedades com tal nível de desigualdade social não parece razoável apostar apenas na caridade alheia para suprir as necessidades básicas de pessoas em situação de extrema pobreza.<sup>104</sup>

Imagina-se que os libertários objetariam, afirmando que uma maior intervenção estatal traria apenas mais intensa estagnação econômica, e que a única saída para fomentar o crescimento da riqueza, inclusive em favor dos mais carentes, seria a substituição do Estado do Bem-Estar Social, previsto na Constituição de 1988, por um Estado Mínimo. Poder-se-ia, ainda, afirmar que reformas constitucionais aprovadas na década de 90, que reduziram o tamanho do Estado com quebras de monopólios estatais e desestatizações, revelariam a derrocada do Estado do Bem-Estar Social. Refere-se à aprovação das ECs n. 6 e 7: relativas à superação de determinadas restrições ao capital estrangeiro; ECs n. 5, 8 e 9: flexibilização dos monopólios estatais sobre o gás canalizado, telecomunicações e petróleo; ECs n. 19 e 20, ambas de 1998: Reformas

104 Ver, a propósito, a objeção da caridade, formulada por DUNCAN, Craig. *The Errors os Libertarianism*. In: *Libertarianism: for and against*. DUNCAN, Craig; MACHAN, Tibor R. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 45/65.

Administrativa e Previdenciária, visando à flexibilização da administração pública e à redução do déficit público, além da EC n. 41/2003, que promoveu nova Reforma Previdenciária.

A propósito, duas considerações devem ser feitas: (i) as referidas emendas constitucionais, apesar de reduzirem o “tamanho do Estado brasileiro”, não desnaturaram a sua dimensão social, pois permanecem em vigor cláusulas transformadoras (busca da justiça social, da redução das desigualdades sociais, etc.), os direitos sociais prestacionais, os deveres de o Estado implementar políticas públicas em diversas áreas (v.g. educação, saúde, previdência e assistência social, habitação, cultura) etc. Assim, o Estado brasileiro distancia-se bastante do Estado mínimo preconizado pelos libertários, sendo um “libertarianismo puro” incompatível com o direito constitucional positivo pátrio. Portanto, (ii) a total substituição do Estado do Bem-Estar Social por um Estado Mínimo somente seria possível caso o povo brasileiro derrubasse a Constituição de 1988 e editasse uma nova com o perfil proposto pelos libertários, vez que os direitos sociais, ao menos no que toca à garantia do mínimo existencial, foram erigidos à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV).<sup>105</sup>

Note-se que a intensidade e a forma de intervenção do Estado na economia consistem em matérias que são objeto de intensa e intrincada disputa entre doutrinas econômicas dos mais variados matizes, as quais, à míngua da viabilidade da obtenção de um consenso sobreposto, devem disputar no processo político o beneplácito da vontade popular majoritária. Cuida-se, portanto, de questão politicamente contingente, sobre a qual não é possível a obtenção, sequer tendencialmente, de um consenso entre doutrinas econômicas razoáveis, razão pela qual deveria ser decidida pelas maiorias políticas, em vez de se entrincheirar na constituição uma doutrina particular. Assim, a criação de monopólios estatais, as restrições ao capital estrangeiro, a disciplina da administração pública e da previdência social não se inserem no conceito de elementos constitucionais essenciais, parecendo, inclusive, recomendável que fossem decididas pelo direito infraconstitucional. Porém há de se reconhecer que o processo constituinte brasileiro foi marcado por uma forte desconfiança do legislador, de manei-

105 SARLET, Ingo W. “Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 12, n. 46, jan/março/2004; BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ra que diversas normas que não são materialmente constitucionais - inclusive as mencionadas acima - foram incluídas no corpo da constituição, devendo se admitir que a sua alteração exigia, de fato, a aprovação de emenda constitucional. Trata-se de reflexo do que se chamou de prolixidade do constituinte,<sup>106</sup> ou, em outras palavras, de processo de “ordinarização” ou de “codificação” da constituição.<sup>107</sup>

Ainda que alguém possa ter objeções políticas a emendas constitucionais sobre essas matérias, não parece constitucionalmente legítimo se valer da condição de juiz para invalidá-las.<sup>108</sup> Isso porque tais emendas constitucionais não apenas foram aprovadas pela supermaioria de 3/5 (três quintos) dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado, em dois turnos de votação (art. 60, p. 2, da CRFB/88), mas pelo fato de a integralidade do modelo de Estado do Bem-Estar Social positivado em outubro de 1988 não ser cláusula pétrea.<sup>109</sup> Nada obstante, emenda constitucional que buscasse instituir um Estado mínimo, o qual se demitisse do seu dever de cumprir prestações positivas destinadas a garantir aos indivíduos carentes condições materiais mínimas para uma vida digna, padeceria de inevitável inconstitucionalidade, já que o “mínimo existencial”, elemento *nuclear* do Estado Social brasileiro, é intangível à mão do constituinte derivado.

Pode-se afirmar, em conclusão, que algumas noções expostas pelo libertarianismo, além de constitucionais, podem ser bastante salutares para o direito brasileiro, como, por exemplo, a contundente crítica de que o uso

106 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

107 Já tivemos a oportunidade de nos manifestar acerca das consequências do aludido processo de ordinarização da constituição no que tange à intensificação do grau de rigidez de um regime constitucional concreto. V. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

108 Advertência similar foi lavrada por James Bradley Thayer, com lastro em voto do Justice Thomas Cooley, em artigo clássico publicado na *Harvard Law Review* de 1893, que tanto influenciou a doutrina da autorestrição judicial (*judicial self-restraint*), ao delinear, de forma reduzida, o escopo do controle de constitucionalidade das leis, notadamente no que toca à preservação de todas as escolhas legislativas dotadas de racionalidade, nas hipóteses em que a Constituição admitir diferentes interpretações. À guisa de comentário a tal princípio de interpretação constitucional, salienta: “The meaning and the effect of it are shortly and very strikingly intimated by a remark of Judge Thomas Cooley, to the effect that one who is a member of a legislature may vote against a measure as being, in his judgment, unconstitutional; and, being subsequently placed on the bench, when this measure, having been passed by the legislature despite of his opposition, comes fore him judicially, may there find it his duty, although he has in no degree changed his opinion, to declare it constitutional ...”. THAYER, James Bradley. The origin and the scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review* 129 (1893), p. 606, em cuja epígrafe consta a seguinte frase: “Qualquer escolha que seja racional é constitucional.

109 Por refugir do escopo do artigo, analisou-se tão somente a alegação de que tais emendas violariam a dimensão social do Estado brasileiro, erígida, supostamente, à condição de “cláusula pétrea” pelo constituinte de 1988, demitindo-nos das diversas outras arguições de inconstitucionalidade formuladas em face de cada uma das emendas em exame.

discricionário da coerção estatal estimula a consensualidade no agir administrativo em detrimento do poder de império,<sup>110</sup> e o risco de um uso abusivo do poder regulamentar violar os princípios da legalidade e da separação dos poderes etc. Nada obstante, o seu projeto central - a implantação de um Estado Mínimo em que o Poder Público se demita da prestação de serviços públicos que se qualificam no Brasil como direitos sociais prestacionais - parece incompatível com o núcleo intangível da Constituição de 1988, pois exonera o Estado da satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, em violação a cláusulas pétreas.

---

110 Sobre o tema, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# As Deliberações Legislativas e os Requisitos para Instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

**Rodrigo Faria de Sousa**

*Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Cível da Comarca de São Gonçalo. Mestrando em Direito Civil pela Universidade de Lisboa.*

**RESUMO:** Este trabalho apresenta um estudo sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, considerada por boa parte da doutrina a mais importante inovação do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Busca analisar as ideias e objetivos originais da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Projeto de Lei que deu origem ao instituto, bem como suas posteriores alterações no Congresso Nacional. Menciona decisões judiciais no Brasil sobre a matéria e tem, como objetivo final, demonstrar a necessidade de se admitir que o magistrado de primeiro grau possa provocar, de ofício, a instauração do incidente, independentemente da existência de dissídio jurisprudencial e processo em curso no segundo grau de jurisdição, buscando, assim, a observância dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da isonomia e reduzindo o assoberbamento do Poder Judiciário brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Incidente. Resolução. Demandas. Repetitivas. Lei. Modificações. Uniformização. Jurisprudência. Magistrado. Instauração. Ofício. Dissídio. Princípio. Duração razoável. Isonomia. Eficiência. Judiciário brasileiro.

**ABSTRACT:** *This paper presents a study on the Incident of Resolution of Repetitive Demands, considered by most of the doctrine the most important innovation of the Code of Brazilian Civil Procedure of 2015. It seeks to analyze the original ideas and objectives of the Commission of Jurists responsible for drafting the Bill that gave*

*rise to the institute, as well as its subsequent amendments to the National Congress. Mentions some judicial decisions in Brazil on the matter and has, as the final objective, to demonstrate the necessity of admitting that the magistrate of first degree can cause, ex officio, the regardless of the existence of case-law and ongoing proceedings in the second degree of jurisdiction, thus looking for the observance of the constitutional principles of reasonable process length and isonomy and reducing the overload of legal proceedings of the Brazilian Judiciary.*

**KEYWORDS:** Incident. Resolution. Demands. Repetitive. Law. Modifications. Uniformization. Jurisprudence. Judge. Establishment. Ex officio. Controversy. Principle. Reasonable duration. Isonomy. Efficiency. Brazilian Judiciary.

As leis, como manifestação jurídica do poder político, são inspiradas pelo contexto social em que surgem e refletem as aspirações de uma determinada época. Destinam-se, portanto, a atingir determinados objetivos constitucionais e fornecer os meios voltados ao futuro para assegurá-los, vedando-se o retrocesso social<sup>1</sup>.

No Brasil, essa afirmativa ganha especial contorno em relação à matéria processual, uma vez que o mais recente Código de Processo Civil, publicado em 2015, foi o primeiro do país a ser promulgado sob um regime democrático e inspirado por uma Constituição cujo cerne é a garantia dos direitos fundamentais<sup>2</sup>. Antes dele, dois outros Códigos foram responsáveis por reger as relações processuais e suas breves menções permitirão uma visão do desenvolvimento do papel do juiz na aplicação do direito brasileiro.

O primeiro CPC brasileiro foi editado, em 1939, durante o Estado Novo, ditadura instituída após um golpe do presidente eleito Getúlio Vargas, ocorrido em 1937, que garantiu a sua permanência no poder por tempo indeterminado<sup>3</sup>. Tendo sido dissolvido o Congresso Nacional, o código primogênito ingressou no ordenamento por ato do Poder Exe-

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, 14ª reimp., Almedina, Coimbra, 2003, p. 338.

2 FALCÃO, Joaquim. *O primeiro código de processo civil em regime democrático*. 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-primeiro-codigo-de-processo-civil-em-regime-democratico-17122014>. Acesso em 15/06/2018.

3 FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª Ed., Edusp, São Paulo, 2015, p. 311.

cutivo, sob a forma de Decreto-Lei<sup>4</sup>, respaldado em uma Constituição outorgada, que pretendia legitimar a concentração do poder político na figura do ditador. Seu anteprojeto foi redigido por apenas um jurista (Pedro Batista Martins) e, embora posto à discussão doutrinária, não sofreu alterações relevantes<sup>5</sup>. O autor do Código de 1939 buscou inspiração na cultura processual europeia do início do Século XX, destacando-se, como exemplos, o Código austríaco de 1895, o projeto Chiovenda de 1919 e o Código português de 1926. A ideia era instituir um processo civil público e social que respaldasse a autoridade central do Estado, rompendo com as posturas liberais. Manifestava-se expressa oposição à descentralização anteriormente adotada, que conferia aos Estados (unidades federativas autônomas em que se divide o território brasileiro), a competência para a legislação da matéria. Com isso, instituiu-se o protagonismo do juiz, superando uma concepção privatística, representante do poder estatal e da vertente publicista, incrementando as suas faculdades processuais<sup>6</sup>.

O juiz, portanto, detinha amplos poderes dentro do processo, personificando a busca do Estado pela verdade real, por meio da sua grande liberdade para agir de ofício em relação à produção probatória.

O acentuado protagonismo das partes que encontrava abrigo na legislação privatista anterior foi suprimido, pondo fim à disposição destas sobre o andamento do processo e o controle do tempo, características ínsitas à legislação liberal, como no caso do Código Napoleônico de 1806 e do Código italiano de 1865. Foram impostas condições excepcionais para a prorrogação de prazos, que se submetiam ao austero controle judicial, entre outras medidas que pretendiam subtrair dos demais atores processuais a possibilidade de alongamento do processo<sup>7</sup>.

Após a queda do regime ditatorial de Getúlio Vargas, em razão do desfecho da Segunda Guerra Mundial, e o seu posterior retorno ao poder por meio do voto popular, a perda de apoio das elites, o desgaste político e a ingovernabilidade, levaram ao seu suicídio, em 1954<sup>8</sup>. O ambiente de

4 BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. DF, 1939.

5 Conforme RAATZ, Igor. SANTANA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973*. Revista Justiça & História – vol. 9, nº 17-18, Rio Grande do Sul, 2012.

6 RAATZ, *ibidem*.

7 RAATZ, *ibidem*.

8 FAUSTO, op. cit., p. 356.

incerteza política que se sucedeu, em conjunto com o contexto mundial de bipolaridade da Guerra Fria, resultaram no golpe militar de 1964. Nesse contexto, foi outorgada uma Constituição em 1967, que seria totalmente reformulada em 1969 por meio de emenda, para conferir-lhe a tônica de autoridade necessária para a funcionalização do regime, com supressão dos direitos individuais<sup>9</sup>.

O anteprojeto do Código de Processo Civil seguinte foi apresentado em 1964, meses após o golpe. O governo da caserna não chegou a fechar o Congresso Nacional por tempo indeterminado, mas, por diversas vezes, suspendeu as suas atividades<sup>10</sup>. Ainda assim, o Código foi promulgado em período de funcionamento do Poder Legislativo, em 1973, por meio de lei ordinária<sup>11</sup>, que teve tramitação regular. Sua composição é atribuída também a um único jurista (Alfredo Buzaid), não tendo sido escrutinado pelos representantes da sociedade<sup>12</sup>.

Segundo Paulo Teixeira, referindo-se ao Código de 1973: “O código anterior, em vigor no Brasil nos últimos 32 anos, teve origem no anteprojeto elaborado pelo então ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, e apresentado ao Parlamento pelo general Emílio Garrastazu Médici, então presidente da República, em 2 de agosto de 1972. O país vivia o período mais repressivo da ditadura militar, quando existia não apenas cerceamento das liberdades de imprensa e manifestação, mas também da liberdade de pensamento. Aquele projeto teve tramitação meteórica, somando apenas cinco meses e cinco dias nas duas Casas. A velocidade com que o texto foi aprovado e o período em que isso aconteceu são indícios do déficit democrático que marcou sua construção e também sua revisão. Não havia espaço para a participação de estudiosos, tampouco para que a imprensa ecoasse críticas e sugestões ao texto. Prova disso é que, antes mesmo de decorrer o período de *vacatio legis* da Lei n.º 5.869/73, que instituiu o Código, nada menos do que 93 artigos foram retificados pela Lei n.º 5925/73.”<sup>13</sup>

<sup>9</sup> FAUSTO, op. cit., pp. 405-412.

<sup>10</sup> FAUSTO, op. cit., p. 409.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. DF, 1973.

<sup>12</sup> RAATZ, *ibidem*.

<sup>13</sup> TEIXEIRA, Paulo. *A construção democrática do Novo Código*. 20 de março de 2015. <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/a-construcao-democratica-do-novo-codigo/>. Acesso em 18/06/2018.

Nesse período, o Poder Judiciário era encarado com desconfiança pelas autoridades e representava uma limitação ao poder ditatorial, em vez da personificação da força do Estado. As garantias dos juízes, como vitaliciedade e inamovibilidade, foram suspensas, dando margem à cassação de magistrados e sua substituição por simpatizantes do regime. O Código de Processo Civil de 1973 refletiu a mudança de paradigma, privilegiando o caráter tecnicista, científico e legalista em detrimento da liberdade de atuação do juiz<sup>14</sup>.

Apesar de moldado para o contexto de exceção, a tecnicidade inerente ao Código permitiu a sua sobrevivência após as dezenas de alterações legislativas, especialmente na década de 90, que o adaptaram às exigências dos novos tempos. Após a abertura voluntária do regime militar, e o advento da Constituição de 1988, que consagrou o retorno à democracia e das garantias individuais<sup>15</sup>, o CPC de 1973 vigorou por mais vinte e seis anos. As mudanças da sociedade e os novos desafios impostos ao Poder Judiciário, exigiam, contudo, uma legislação que refletisse o caráter principiológico da nova Carta Política e alcançasse as consequências desejadas pela redemocratização, como o acesso da população em geral ao Poder Judiciário<sup>16</sup>.

Verificou-se que a extensão do rol de direitos fundamentais garantidos pela nova Constituição, associada à incapacidade do Poder Executivo de efetivá-los, gerou uma corrida da população ao Judiciário: o povo descobriu-se titular de direitos individuais. O Poder Judiciário passa a ser encarado como o principal caminho para alcançar os bens da vida prometidos pela nova democracia republicana e recebeu uma verdadeira inundação de processos judiciais<sup>17</sup>.

Em razão desse fato, o ordenamento jurídico adotou mecanismos para a resolução de demandas coletivas, em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor<sup>18</sup>. Entretanto, como demonstram as estatísticas atuais,

---

14 RAATZ, Idem.

15 FAUSTO, op. cit., pp. 426-439.

16 MELLO, Celso. Pronunciamento do ministro Celso de Mello em saudação ao ministro Luiz Fux por motivo da aprovação, pelo Congresso Nacional, do projeto de novo Código de Processo Civil. STF, Brasília: dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/celso-mello-cpc-democratizar-acesso-justica>. Acesso em 24/09/2018.

17 Sobre o tema, v. BARROSO, Luis Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Ed. Forum, São Paulo, 2017.

18 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

esses instrumentos têm se revelado insuficientes para reduzir o número de ações em curso nos tribunais. Segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>19</sup>, o número de processos pendentes no Poder Judiciário aumentou de 60,7 milhões, em 2009, para 79,7 milhões em 2017, um incremento maior que 30% em menos de dez anos. A título de comparação, a população brasileira, em 2010, era de aproximadamente 190 milhões de pessoas, e, em 2017, cerca de 207 milhões, um incremento de apenas 9%. Isso significa que, mantidas essas proporções, passados pouco mais de cinquenta anos, haverá um processo judicial por habitante no Brasil.

Analisando esse contexto de hiperjudicialização, Alexandre Câmara destaca que, na sociedade contemporânea, de massa, cuja característica é a despersonalização do indivíduo, os interesses são coletivizados<sup>20</sup>. Este indivíduo, então, é forçado pela própria sociedade a ser igual aos demais, dando origem ao fenômeno da indiferenciação. Tal fenômeno, por sua vez, ocasiona o surgimento dos interesses individuais homogêneos, entendidos como os decorrentes de origem comum<sup>21</sup>. Nessa classe, estão incluídos os direitos de que são titulares milhares ou milhões de pessoas simultaneamente, como os resultantes de uma falha de fabricação em série de um modelo de veículo popular ou um cálculo equivocado no reajuste de aposentadorias do regime público de previdência, por exemplo<sup>22</sup>.

Dessa homogeneidade generalizada resulta a intensiva repetição de demandas no Judiciário brasileiro. Alexandre Câmara ressalta que o processo coletivo pode ser utilizado como meio para alcançar todos os titulares de tais interesses homogêneos, assim como na defesa de interesses difusos e coletivos. Destaca, porém, a ineficácia de tais instrumentos, pois “quando se trata de interesses individuais homogêneos, há, além do núcleo de homogeneidade que os une, uma margem de heterogeneidade que os

19 BRASIL. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça – Brasília. Em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 10/08/2018.

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 1ª ed., Atlas, São Paulo, 2015, p. 476.

21 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Art. 81, parágrafo único, inciso III.

22 José Carlos Barbosa Moreira já constatava esse fenômeno logo após a promulgação da Constituição de 1988: “as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?”. In *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo, vol. 61, Jan. 1991, p. 187, versão digital.

afasta”<sup>23</sup>. Verifica-se que tais demandas se aproximam em relação à própria existência da relação obrigacional, à figura do devedor e ao objeto da obrigação. Contudo, aparecem distintamente a figura do credor, em razão da pluralidade de demandantes, e a quantidade devida a cada um deles, já que cada titular faz jus a um valor calculado de acordo com o grau de violação do seu direito. Assim, a sentença de procedência se limita a uma condenação genérica, reconhecendo a existência do dever jurídico de reparar os danos, que demandará liquidação e execução individuais. A par desse fato, nada há que impeça cada titular de ajuizar a sua própria demanda, que conviverá com o processo coletivo. Dessa forma, verifica-se, no país, uma massificação de demandas individuais idênticas.

Além disso, a partir da multiplicação de processos homogêneos, cria-se outro inevitável problema: a existência de decisões conflitantes em relação à mesma matéria. Ora, é impossível que juízos distintos cheguem sempre à mesma conclusão em múltiplos processos, ainda que o objeto seja idêntico. Gera-se, portanto, o fenômeno da aleatoriedade judicial, segundo o qual o mérito da decisão varia conforme a distribuição da demanda<sup>24</sup>. Como consequência, o sistema jurídico enfraquece-se ante a insegurança do cidadão acerca do resultado do processo, multiplicando-se, ainda, os recursos interpostos tendo como fundamento decisões de outros juízos que foram favoráveis à causa.

Segundo Teori Zavascki, referindo-se à variabilidade de decisões sobre a validade de certas leis: “Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. É também importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometido se a mesma lei pudesse ser tida como constitucional num caso e como inconstitucional em outro caso semelhante, dependendo do juiz que a aprecia.”<sup>25</sup>

23 Câmara, op. cit., p. 476.

24 Sobre o tema, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes afirma: “A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Conseqüentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.” In MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 22.

25 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 32.

É nesse panorama que um novo Código de Processo Civil foi idealizado, com a apresentação de um anteprojeto, em 2010, por uma comissão presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux<sup>26</sup>. A principal preocupação desses juristas residiu na harmonização do Código com os princípios constitucionais, a fim de superar a tradição autoritária que perpassava a legislação anterior. Nesse ponto, houve esmerada atenção ao papel do juiz como garantidor de direitos<sup>27</sup> e elemento essencial de um processo que se submete aos princípios fundamentais consagrados constitucionalmente, em especial o devido processo legal, que resulta de um ambiente onde os atores processuais, apesar de interesses distintos, possuem o objetivo comum de prezar pela higidez do sistema legal e da Constituição<sup>28</sup>.

Como uma vertente de realização desses princípios constitucionais, o novo Código tinha como missão propor instrumentos para viabilizar a atuação do Poder Judiciário no contexto abordado, sendo um dos seus objetivos precípuos o de propor soluções práticas e efetivas, como explicitamente declarado na exposição de motivos: “Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores de Direito, ouvidas em todo o país. Na elaboração desse anteprojeto de Código de Processo Civil, esta foi uma das linhas principais de trabalho: resolver **problemas**”<sup>29</sup>.” (grifo no original)

Desse modo, fica claro que a instrumentalidade é uma das características marcantes do novo Código, fator que também foi destacado na mesma exposição: “Não se deixou, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.”<sup>30</sup>

26 Também integraram a comissão Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpidio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinicius Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Wambier, esta última, designada para a relatoria geral dos trabalhos.

27 NUNES, Dierle. *Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais*. Revista Consultor Jurídico. 3 de setembro de 2014. <https://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>. Acesso em 24/06/2018.

28 CÂMARA, op. cit., p. 9.

29 BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. – 7ª ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 25.

30 *Ibidem*.

Com esse intuito, foram aperfeiçoados institutos e criados outros com a finalidade de desenvolver um sistema processual resolutivo, apto a conferir coerência e segurança à jurisdição nacional, composto de dois microssistemas: um de formação de precedentes e outro de solução de casos repetitivos, com base nos precedentes formados. Apesar de tal técnica decisória ser relacionada ao *common law*, a adoção do precedente não tem o poder de conferir essa característica ao processo brasileiro<sup>31</sup>.

Considerado por boa parte da doutrina processualista<sup>32</sup> como a mais efetiva e importante novidade prevista no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, o IRDR caracteriza-se como um procedimento incidental autônomo, de julgamento abstrato (objetivo), voltado para estabelecer uma decisão paradigmática, com efeitos vinculantes, presentes e prospectivos, em demandas multitudinárias que versem sobre a mesma questão de direito, aí incluídas as demandas que versam sobre direitos individuais homogêneos. Assim, permite reduzir o asoerboamento de processos em trâmite no Poder Judiciário e observar os princípios constitucionais da isonomia (por meio da consolidação e uniformização da jurisprudência dos Tribunais)<sup>33</sup>, da duração razoável do processo e da segurança jurídica.

Corresponde a mais um mecanismo de agilização da prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, de estabelecimento de um regime de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a tradição romano germânica da *civil law*, a exemplo de tantos outros recentemente aprovados pelo Congresso<sup>34</sup>.

31 O microssistema de formação de precedentes é constituído pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), objeto do presente estudo, pelo incidente de assunção de competência e, por fim, pelo julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Já o microssistema de solução de casos repetitivos é integrado pelos mesmos institutos, com exceção do incidente de assunção de competência. O conceito de microssistema deriva da ideia de que esses institutos devem integrar um conjunto hermenêutico, em que as disposições de uns devem ser interpretadas de forma integrada com os outros, criando uma totalidade harmônica.

32 Nesse sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil – comparados e anotados*, Saraiva, São Paulo, 2014, bem como, entre outros, CARNEIRO, Paulo César Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (co-ordenadores), *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – anotado e comparado*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015.

33 Nas palavras de Ronald Dworkin: “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo.” DWORNING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ªed., Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 172-173.

34 Tais como a possibilidade de julgamento liminar de improcedência do pedido, antes da citação, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver no juízo sentença de total improcedência em casos idênticos (Lei 11.277/06); a criação do recurso especial repetitivo, com a possibilidade de suspensão de recursos em trâmite nos Tribunais e de outros Recursos especiais no próprio Superior Tribunal de Justiça até o julgamento definitivo da questão de direito controvertida (Lei 11.672/06); a possibilidade de concessão de tutela de evidência quando a tese jurídica sustentada

Nos dizeres de Câmara: “A técnica de decidir a partir de precedentes, empregando-os como princípios argumentativos, é uma das bases dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, ligados à tradição jurídica do *common law*. Isto não significa, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição jurídica romano-germânica (conhecida como *civil law*), tenha migrado para o *common law*. Muito ao contrário, o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento de *civil law*<sup>35</sup>.”

Como se verá adiante, durante o processo legislativo, o incidente de resolução de demandas repetitivas foi aquele ao qual foi destinado maior atenção e menor consenso. Desse fato, resultou uma tentativa de deturpação da ideia original por emenda parlamentar, que, ao final, foi superada com uma redação intermediária que pretendeu apaziguar os ânimos, criando, ao revés, inúmeras controvérsias interpretativas.

O escopo do presente estudo é sustentar que a redação final, apesar de diversa do texto original, manteve a possibilidade de deflagração do incidente pelo juízo de primeiro grau, sem a necessidade de dissídio jurisprudencial e existência de processo pendente de julgamento nos Tribunais. Se assim não for, o incidente terá a sua finalidade esvaziada e não se refletirá em meio eficaz para o combate ao grave asoerramento do Judiciário brasileiro<sup>36</sup>.

## O IRDR IDEALIZADO PELA COMISSÃO DE JURISTAS DO ANTEPROJETO

Geralmente, a análise de um instituto jurídico tem como ponto de partida o seu texto legal definitivo e é dessa forma que boa parte da doutrina costuma analisar o IRDR. Entretanto, em razão de fatos peculiares que ocorreram na deliberação e votação do projeto de lei, o estudo da sua gênese

---

pelo demandante já tiver sido decidida em sede de recursos repetitivos (art. 311, II do CPC); a possibilidade de o relator julgar de plano conflito de competência quando sua decisão estiver fundada em orientação firmada em julgamento de recursos repetitivos (art. 955, parágrafo único, II do CPC).

35 CÂMARA, op. cit., p. 426.

36 Podem ser mencionadas, exemplificativamente, como causas do referido asoerramento: crescimento da população, massificação das relações jurídicas, descumprimento dos preceitos constitucionais e legais pela própria Administração Pública, ausência de métodos extrajudiciais efetivos de solução de conflitos, maior acesso da população ao Judiciário, especialmente através dos Juizados Especiais, legislação processual até pouco tempo anacrônica e a escassez de recursos materiais e pessoais no Judiciário.

legislativa é essencial para se esclarecer a extensa controvérsia doutrinária que se estabeleceu em torno da interpretação da redação final do incidente<sup>37</sup> e para fornecer uma interpretação segura e consentânea com a sua *mens legis*.

A exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, considerada a declaração de intenções da comissão de juristas responsável por sua redação, fornece elementos de base para a construção dessa interpretação. No texto, assim foi disposto sobre o IRDR<sup>38</sup>: “Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (...) Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a **mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição**, para decisão conjunta.” (*grifei*)

A nota principal da ideia do IRDR, conforme destacado, é a identificação de processos com idênticas questões de direito em primeiro grau de jurisdição. A intenção declarada fornece um substrato lógico acerca da função precípua do incidente, pois, ao estabelecer um gatilho de deflagração no juízo inicial, previne-se, desde logo, o risco de dispersão jurisprudencial. Dessa forma, o tempo foi considerado como fator essencial para conter o citado fenômeno, o que é compreensível, na medida em que o próprio IRDR, em que pese célere, demandará um intervalo de tempo até que sua eficácia incida sobre a jurisprudência em geral<sup>39</sup>.

Em face de tal conclusão, a suscitação do IRDR em segunda instância somente poderá ter caráter complementar ou subsidiário, isto é, não identificado o potencial dispersivo em primeira instância, nada deve impedir que o dano seja minorado pela instauração do incidente em grau superior. Portanto, pela clareza textual da declaração de intenções dos autores do anteprojeto, seria absurdo concluir que a suscitação do incidente em

37 Vide CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados*. In: FREIRE, Alexander... (et al), organizadores, *Novas tendências do processo civil*, vol. III, JusPodivm, Salvador, 2014.

38 A proposta de criação do instituto, inicialmente denominado “Incidente de Coletivização”, foi apresentada pelo jurista Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

39 As súmulas vinculantes, por exemplo, embora fundamentais para a uniformização de jurisprudência, não são capazes de reduzir consideravelmente o número de demandas distribuídas no primeiro e segundo grau de jurisdição, exatamente pelo tempo decorrido até a análise do Tribunal Superior.

segunda instância deveria importar prioridade sobre a primeira, quando se expressa justamente o contrário.

Quanto à origem do incidente, teria andado melhor a comissão se destacasse a “livre inspiração” no direito alemão, uma vez que a figura jurídica expressamente avocada como modelo, o *Musterverfahren*, em quase nada se assemelha ao IRDR.

Apenas diga-se que o *Musterverfahren* foi criado para lidar com um caso específico, em que a *Deutsche Telekom* (DT) divulgou informações equivocadas, surpreendendo um grande número de investidores, que, por sua vez, ajuizaram cerca de 13.000 demandas com o mesmo objeto na corte de Frankfurt, paralisando o seu funcionamento. Em resposta, foi editada uma lei temporária que estabelecia esse incidente pelo órgão de segunda instância, permitindo o julgamento colegiado de questões de fato e de direito de uma causa-piloto, cuja tese seria aplicada unicamente sobre as causas pendentes, sem projeção para demandas futuras.

Já se pode perceber, de partida, que as diferenças em relação ao IRDR são muito mais numerosas que as semelhanças, uma vez que deve incidir sobre questões fáticas pontuais e não há fixação de uma tese jurídica em abstrato com efeitos prospectivos. O *Musterverfahren* tem maior afinidade, portanto, com as ações coletivas que há muito compõem o sistema processual brasileiro<sup>40</sup>.

Além das referidas distinções, percebe-se a diferença na magnitude do impacto provocado pelos institutos: o procedimento alemão, como citado, visou a solucionar cerca de treze mil casos idênticos, ao passo que, no Brasil, alguns casos repetitivos, como, por exemplo, o Recurso Especial nº 1.340.553-RS<sup>41</sup> (temas 566 e 571), que trata de controvérsia sobre prazo prescricional intercorrente em execução fiscal, produzirá efeitos sobre aproximadamente vinte e sete milhões de processos<sup>42</sup>.

Estabelecida a ideia geral do IRDR, a exposição de motivos descreveu sucintamente o seu funcionamento: “O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em **primeiro grau**,

40 “Trata-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual”. CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, São Paulo, 2007, vol. 147, p. 132.

41 Relator Ministro Mauro Campbell. 1ª Seção do STJ. Julgado em 12/09/2018.

42 Segundo informação disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI287404,21048-STJ+define+tese+ sobre+prescricao+intercorrente+que+afetara+mais+de+27>. Acesso em 13/09/2018.

controvérsia com **potencial** de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato **risco** da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por **iniciativa do juiz**, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator (...).<sup>43</sup>

As expressões utilizadas na descrição evidenciam que a intenção é permitir aos sujeitos processuais, o quanto antes (em primeira instância), o manejo de um instrumento que impeça a proliferação de um dissídio jurisprudencial. Nota-se que os requisitos conferem ênfase a um evento futuro, incerto, mas provável, conforme denotam os termos “potencial” e “risco”, destacados no texto. Em outras palavras, se consagra a preventividade, ou seja, não se exige, em qualquer momento, sob pena de ineficácia do instituto, a efetiva existência da multiplicidade de demandas ou de decisões conflitantes.

A legitimidade ativa para instauração do incidente é ampla, com destaque à figura do juiz, primeiro sujeito processual a ser citado. Consagra-se, mais uma vez, a primeira instância como o ambiente propício para, desde logo, suscitar o incidente, reconhecendo-se prioritariamente ao magistrado a capacidade para identificar as demandas potencialmente repetitivas, possivelmente com base na sua experiência e prévio conhecimento de outras ações dessa espécie.

Prosseguindo, a fixação do juízo de admissibilidade por órgão superior visa a conferir racionalidade à instauração do incidente, por meio do controle de excessos e rejeição de pedidos impertinentes. Estabelecendo-se uma figura normativa que lida com probabilidades, repousa em tal juízo a responsabilidade de verificar a existência de uma chance real de dissídio, analisando tanto o potencial de multiplicação quanto o risco de decisões conflitantes. Obviamente, não há uma fórmula matemática que permita um juízo objetivo. Contudo, a dispensa do excesso de requisitos formais, utilizando-se termos abertos como “potencial” e “risco”, demonstra confiança na eficiência e capacidade hermenêutica do órgão responsável pela admissibilidade do incidente para executar a missão que lhe foi conferida.

Também é exposta a restrição espacial da tese fixada à área de abrangência do órgão decisor, com possibilidade de sua ampliação pelos tribunais superiores.

43 Código de processo civil e normas correlatas. – 7ª ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

A possibilidade de intervenção de figuras da sociedade civil (*amicus curiae*), de origem norte-americana, novamente aproxima o direito processual brasileiro da *common law*, visando a conferir legitimidade democrática à tese jurídica fixada, uma vez que a sua aplicação transcenderá o universo daquele processo.

A previsão de tal instituto no âmbito do IRDR é essencial, na medida em que a discussão da tese para além dos sujeitos processuais, agregando visões diferenciadas, não é tarefa simples de ser executada no procedimento comum de primeira instância. Neste, ambas as partes, atadas às suas pretensões, trazem aos autos apenas aquilo que diretamente as beneficia, interpretando os fatos e a lei com a finalidade de obter uma decisão favorável. Com o *amicus curiae*, permite-se que uma tese seja fruto de ampla discussão jurídica, com a extensão do espectro processual para além do interesse das partes no resultado daquela demanda específica.

Também por esse motivo, a quantidade de demandas já efetivamente ajuizadas não foi considerada como um requisito imprescindível para a instauração do IRDR, uma vez que, em todas, haverá um contraditório limitado aos interesses da lide particular e a soma dessas discussões limitadas aos objetivos específicos das partes não necessariamente levaria a uma visão melhor da questão controvertida. Essa visão pode ser, ao contrário, alcançada em um único procedimento (no caso, o IRDR), que tenha a publicidade necessária<sup>44</sup> e agregue, na mesma discussão, visões menos ligadas a um resultado prático imediato, e mais ao impacto da tese jurídica num vasto contexto.

O anteprojeto, após ser convertido no Projeto de Lei nº 166 de 2010 e aprovado em primeiro turno no Senado Federal, passou a apresentar, especificamente no artigo que inaugura o IRDR, a seguinte redação:

“Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com **potencial** de gerar relevante **multiplica-**

44 Prevista no Art. 979 do CPC. A publicidade tem por escopo possibilitar a participação da sociedade no processo de formação do precedente, por meio da habilitação no processo como *amicus curiae*, bem como alertar à comunidade jurídica de que existe uma tese jurídica prestes a ser debatida ou já fixada e que, portanto, deve ser observada, sob pena do cabimento de reclamação. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle administrativo do Poder Judiciário, foi indicado como o responsável por efetivar tais publicações. Segundo seu banco nacional de demandas repetitivas e precedentes obrigatórios, já foram instaurados 251 IRDRs no Brasil, com aproximadamente 174.000 processos sobrestados. Em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvww\\_1%2FPanelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvww_1%2FPanelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos). Acesso em 14/09/2018.

*ção de processos* fundados em *idêntica questão de direito* e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do *risco* de coexistência de decisões conflitantes. (grifei)

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

*I – pelo juiz ou relator, por ofício;*

*II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.*

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o §1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.”

No *caput* inaugural, são reunidos os principais requisitos já analisados na exposição de motivos. Deve ser aprofundada, neste momento, a exigência de que seja observada idêntica questão de direito, de natureza processual ou material<sup>45</sup>, nos múltiplos processos. Conforme observa a doutrina predominante, não existem questões de direito puras, afinal, o direito é sempre ligado ao mundo fenomênico e, em última instância, visa a produzir efeitos no universo fático. O dispositivo, então, refere-se a questões predominantemente de direito, ou seja, aquelas em que os fatos são incontroversos, preestabelecidos ou deduzidos.

Nos dizeres de Wambier: “O fenômeno jurídico é composto, necessariamente e sempre, de fato e direito. Ocorre no instante em que se “encontram” o plano dos fatos e o plano normativo. De fato, em ação alguma (salvo em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações diretas de constitucionalidade) se discute só em torno de normas. Toda ação tem um quadro fático subjacente. Então, questões ditas de direito, *quaestio juris*, são predominantemente de direito. São aquelas em que não há discussão sobre os fatos porque, por exemplo, são comprováveis documentalmente. Ou, ainda, são aquelas situações em que os fatos já estão comprovados, por

45 Neste sentido: Wambier, Teresa Arruda Alvim, in *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. Livro eletrônico; artigo por artigo. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier ... (et. al.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016. p. 1505.

várias espécies de provas, e, não havendo dúvidas sobre o que ocorreu, e sobre como ocorreu, discute-se apenas sobre sua qualificação jurídica.”<sup>46</sup>

Ainda há outra questão de fundamental importância ligada à restrição de julgamento apenas de questões de direito: a adoção do sistema de “causa-modelo” em detrimento do sistema de “causa-piloto”. O sistema de “causa-modelo” é aquele em que o processo no qual se instaura o incidente não é decidido pelo órgão colegiado, ficando este responsável apenas por fixar uma tese jurídica abstrata, com base na discussão jurídica suscitada dentro do processo. Já o sistema de “causa-piloto” exige a resolução do processo escolhido como paradigma pelo órgão responsável, que irá conhecer das questões de fato e de direito, estabelecendo não um modelo abstrato, mas um conjunto de paradigmas a serem seguidos com base na produção probatória e também, mas não unicamente, nas interpretações sobre a norma jurídica que incide sobre os fatos comprovados.

No sistema escolhido pela comissão para o IRDR, o de “causa-modelo”, por pretender unicamente a fixação de uma tese jurídica abstrata, as questões factuais são apenas pressupostos lógicos pré-definidos e inalteráveis para a aplicação do direito sobre o qual se decide, isto é, as questões de fato são tomadas como pressupostos *a priori*, conforme o modelo de tipo jurídico estabelecido pela fórmula: “Se, em tese, existir o fato A, a consequência jurídica deve ser B”<sup>47</sup>. Nessa linha, não importa para o sistema de “causa-modelo” saber se o fato A realmente existiu, as suas consequências ou quem o praticou, mas apenas que essa prática é objetivamente possível e que demanda uma solução jurídica passível de ser aplicada em tese. Já no sistema de “causa-piloto”, a definição da questão fática é imprescindível à fixação do direito aplicável, pois, nesses casos, o principal objetivo não é fixar uma tese jurídica e, sim, resolver um determinado número de processos já ajuizados decorrentes de uma causa específica, bem como os futuros que tenham como objeto essa mesma causa.

Nesse ponto, para aclarar a questão, é relevante trazer a distinção exposta por Alexandre Câmara entre “objeto igual” e “mesmo objeto”. Para

46 Wambier, *op. cit.*, *idem*.

47 “Por isso, tal raciocínio parece ser aplicável ao sistema que pretende resolver apenas questões de direito, a partir de um modelo que represente a controvérsia, fixando a tese que será aplicada posteriormente a todos os casos que se aproximem daquela situação. Nada impede, ademais, que o tribunal fixe subteses para variantes fáticas extraídas dos casos que servirem como substrato para o incidente, considerando fatos-tipo distintos, ou seja, em acontecendo A, entende-se B; ocorrendo C, entende-se D”. TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 78.

o autor, o conceito de “igual” pressupõe “a existência de dois ou mais entes que, comparados, se revelam idênticos”<sup>48</sup>, ao passo que o conceito de “mesmo” pressupõe “a existência de um só ente que se manifesta mais uma vez”<sup>49</sup>. O exemplo criado pelo referido processualista é suficiente para colocar a questão em termos práticos: “aberta uma caixa de fósforos, é possível riscar e acender dezenas de palitos de fósforos **iguais**, mas não se conseguiria riscar e acender duas vezes o **mesmo** palito”. (grifos no original)

Aplicando esses conceitos nos referidos sistemas, temos que o de “causa-piloto” é útil para as demandas que se refram ao mesmo objeto, ou seja, aquelas que dependem da investigação de uma questão de fato única e específica, que irá determinar a existência de uma multiplicidade de direitos. Isto é, há um só objeto que, por sua possível existência, irradiou uma série de relações jurídicas e importa saber se essa existência é real e imputável ao réu. Por economia e segurança jurídica, é escolhida uma causa-piloto que represente as demais, e somente nela serão adotados os atos probatórios a serem aplicados nas demais ações.

Já o sistema de “causa-modelo” é útil para demandas que tenham objetos idênticos, mas não o mesmo objeto. Nesse sentido, identificado um fato que tenha probabilidade de se repetir no futuro (objeto idêntico, mas não o mesmo objeto), fixa-se uma tese jurídica em relação a ele, e, nos processos futuros, a produção probatória indicará se o fato é subsumível àquela tese. Nesse caso, a questão fática não é a preocupação do órgão que fixa a tese, pois esta já está decidida ou se encontra prefixada (“se ocorreu o fato A, então se aplica a lei B, conforme a interpretação C”).

Pelas suas características, é possível perceber que o sistema de “causa-piloto” é largamente utilizado na solução de demandas que envolvam direitos individuais homogêneos decorrentes de um fato comum e é na causa escolhida como paradigma que deve ser comprovada a existência do fato, a sua autoria, a existência do dano, o nexos causal entre este e o fato e, ao final, a existência de uma responsabilidade imputável ao réu. Portanto, em vez de se produzir tantas provas quanto o número de demandas ajuizadas, esse esforço é reduzido a apenas um processo, a causa-piloto, que irá decidir a abrangência das questões fáticas atinentes às demais demandas que dependam da mesma comprovação.

<sup>48</sup> Câmara, op. cit., p. 477.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

No direito brasileiro, seria redundante instituir mais um sistema de “causa-piloto”, uma vez que as ações coletivas já cumprem esse papel em relação aos direitos individuais homogêneos<sup>50</sup>. O que faltava ao ordenamento jurídico (e essa é a lacuna que o IRDR foi idealizado para preencher) seria o sistema de “causa-modelo” em que, identificado um fato com alta probabilidade de repetição e, portanto, risco de decisões conflitantes, houvesse a possibilidade de fixação de uma tese jurídica aplicável a todos os processos que possuísem a premissa abarcada por essa tese.

Esse é o motivo pelo qual a comissão que idealizou o incidente, como será visto adiante, não previu a resolução do mérito da causa, isto é, o julgamento propriamente dito do processo-paradigma, pelo órgão competente para fixar a tese jurídica, aderindo, desse modo, ao sistema de “causa-modelo.”<sup>51</sup>

Prosseguindo a análise do artigo 895 do anteprojeto, é válido mencionar que o parágrafo 3º impõe a participação do Ministério Público no processo, seja como parte, seja como fiscal da ordem jurídica, assumindo a posição de titularidade em caso de abandono da parte. Essa é mais uma preocupação dos idealizadores do instituto para conferir legitimidade democrática à tese fixada, uma vez que o Ministério Público, quando não for parte, não possui interesse direto no resultado da demanda, podendo oferecer uma visão jurídica mais abrangente, contribuindo para a consistência do precedente. Na verdade, é o “interesse público” de uniformizar a questão de direito que justifica a intervenção obrigatória do Ministério Público, independentemente da natureza da questão de direito que é submetida.

Ainda ao avaliar o projeto idealizado pela Comissão de juristas, é oportuno ressaltar que o juízo de admissibilidade do IRDR dependia do exame da conveniência e oportunidade por parte do órgão competente<sup>52</sup>.

50 O art. 139, X, do CPC já prevê o poder-dever do magistrado de oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública e outros legitimados para provocar o ajuizamento de ação coletiva, sempre que se deparar com diversas demandas individuais repetitivas.

51 Segundo Bruno Dantas, “em termos práticos, o IRDR funciona como fracionamento na cognição e no julgamento da causa. Ao tribunal, compete a fixação da tese em abstrato, e ao juízo originário, a sua aplicação ao caso concreto. É importante observar que a fixação da tese contém não apenas cognição da *questio iuris*, mas também decisão, o que todavia não significa julgamento da lide subjacente.” *In* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... (et al), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 2.179.

52 Redação original do projeto. “Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial. § 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a **presença dos requisitos** do art. 895 e a **conveniência** de se adotar decisão paradigmática.” (grifei)

Era possível, por exemplo, que o juiz de primeiro grau considerasse o potencial de multiplicação da demanda, mas o Tribunal, sem a mesma certeza, optasse por não receber o incidente naquele momento. De outro lado, poderia ser óbvio para o Tribunal que, mesmo sem notícia de qualquer repetição atual, aquela demanda certamente ensejaria uma grande quantidade de processos no futuro.

Em outras palavras, o texto do anteprojeto conferia discricionariedade sobre o potencial de multiplicação e o risco de decisões conflitantes. Dessa forma, repita-se, evitando requisitos objetivos ou a necessidade expressa de dissídio jurisprudencial, o projeto depositava confiança nos integrantes do sistema jurídico, tanto em relação aos suscitantes quanto em relação aos magistrados de segundo grau que deveriam inferir se o incidente era ou não cabível naquele momento. É forçoso reconhecer que o número de requisitos legais é inversamente proporcional à quantidade de discricionariedade do órgão decisório e que, portanto, no caso, o legislador pretendeu conceber maiores poderes ao órgão jurisdicional.

Diga-se, ainda, que a preventividade do sistema seria a regra, nos moldes idealizados, mas nada impediria que o órgão competente agisse de maneira repressiva, se assim considerasse recomendável ao caso em questão. Isso quer dizer que a existência de diversos processos com a mesma questão de direito ou o dissídio jurisprudencial não eram requisitos, mas, em determinados casos excepcionais, poderiam ser exigidos, tudo conforme a discricionariedade exercida no exame de admissibilidade. Essas questões deveriam ser fundamentadas na decisão que admitisse ou rejeitasse o incidente, expondo os critérios pelos quais o órgão tomou essa ou aquela decisão.

Deve ser lembrado que, na linha do que a comissão expressou na exposição de motivos, a intenção foi instituir dispositivos que solucionassem problemas de maneira simples e eficiente, priorizando-se a instrumentalidade das formas. Ao empoderar os Tribunais, reduzindo o número de requisitos, a comissão entendeu, de forma acertada, que cada órgão jurisdicional colocaria em prática a sua sensibilidade e experiência para efetivar o espírito da norma, prevenindo a repetição de demandas por meio da fixação de um precedente construído da forma mais esmerada e democrática possível.

## O IRDR REINVENTADO PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS

O IRDR representa a possibilidade de acentuada guinada no direito processual civil brasileiro, com potencial de alto impacto nas relações jurídicas. É natural, portanto, que seja objeto de intensa discussão doutrinária, que se acirra na fase de deliberação legislativa<sup>53</sup>, quando, a partir do influxo das razões públicas e da participação ativa da sociedade<sup>54</sup>, é possível efetivamente promover alterações na estrutura do instituto.

Após a aprovação do anteprojeto no Senado, o conjunto das críticas doutrinárias seguiu uma mesma direção, no sentido de censurar o caráter preventivo do incidente e determinar que sua instauração somente pudesse ocorrer em segundo grau de jurisdição. Ausente qualquer requisito objetivo para a admissão do IRDR, os críticos estabeleceram que ele poderia ser admitido sem qualquer amadurecimento da questão de direito em exame, o que levaria a um debate rarefeito e, conseqüentemente, à fixação de uma tese jurídica pobre, que fadaria o instituto à inutilidade, uma vez que haveria um grande número de decisões cuja discussão ultrapassaria a limitada abrangência jurídica da tese e, por isso, as demandas repetitivas não seriam obstadas.

A emenda apresentada pelo deputado Bruno Araújo foi a que mais se deteve na fundamentação. Segundo o parlamentar:

“Não se revela adequado prever tal incidente de forma preventiva, sob pena de acarretar o risco de não se chegar à melhor solução a ser dada ao caso. **Considerada a finalidade de reduzir o número de causas repetitivas, é razoável dispor que o incidente seja preventivo**, mas essa não é a melhor opção para que se tenha uma decisão que firme a **melhor solução** a ser dada a tais casos.”

53 “A deliberação, nas democracias contemporâneas, deve estar, necessariamente, em ambos os polos – representação e participação – assim como nos canais através dos quais representação e participação se comunicam e interagem. Portanto, não apenas as casas legislativas devem ser instâncias deliberativas, como o que nelas se delibera deve ecoar e reverberar, da melhor forma possível, os processos de deliberação em curso nas instâncias de participação política. Para tanto, requer-se que haja canais permanentes, institucionalizados e deliberativos, que facultem a interação entre as instâncias de representação e de participação política”. ANASTASIA, Fatima; INACIO, Magna. *Democracia, Poder Legislativo, interesses e capacidades*. Caderno da Associação dos Consultores Legislativos e do Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, n° 40, maio/agosto de 2010, Brasília, 2010, p. 36.

54 Segundo Canotilho, a democracia discursiva não se assenta “em direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal) nem na moral social de uma comunidade determinada (como sustenta a visão republicana), mas em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos [...], cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª. ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 1416-1417.

O incidente tem o propósito de reduzir o número de demandas repetitivas que tramitam em vários juízos. Para alcançar tal finalidade, **o melhor seria mesmo que o incidente fosse preventivo**. Há, entretanto, outra finalidade a ser obtida com tal incidente: estabelecer a **melhor tese** a ser seguida nos diversos casos repetitivos. E, para esse desiderato, que é o mais relevante, não deve o incidente ser preventivo.<sup>55</sup> (grifei)

Segundo o deputado, o IRDR teria dois objetivos: a) reduzir o número de demandas repetitivas que tramitam em vários juízos, e b) estabelecer a melhor tese a ser seguida. Para ele, o caráter preventivo do instituto seria o mais adequado para alcançar o primeiro objetivo, mas não o segundo. Sopesando ambos, concluiu que o segundo deveria prevalecer e, por isso, praticamente abandonou o primeiro, que era, segundo ele mesmo, o principal propósito da figura legislativa.

Isso quer dizer que, na sua análise, era impossível considerar uma solução que contemplasse tanto a preventividade quanto a qualidade da decisão. Fundamentou tal entendimento nos dizeres do processualista Leonardo Carneiro da Cunha: “Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. **Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente.**” (grifei)

Ainda segundo o doutrinador: “Dever-se-ia, na verdade, estabelecer como requisito para a instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o assunto. Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. **Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos**, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados

55 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de revisão do projeto de lei 8.046/2010. Emenda 181. Em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=930855&filename=EM C+181/2011+PL804610+%3D%3E+PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=930855&filename=EM C+181/2011+PL804610+%3D%3E+PL+8046/2010). Acesso em 10/08/2018.

naquele momento inicial em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros.”<sup>56</sup> (grifei).

A única conclusão possível, na esteira do pensamento de Leonardo Carneiro da Cunha, é que o IRDR somente seria cabível quando verificada a existência da situação que ele foi justamente criado para evitar, qual seja, a proliferação de processos com decisões divergentes e a consequente insegurança jurídica daí advinda. Não há outra interpretação possível para o período: “Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada”. Em outras palavras, segundo ele, um instituto concebido para evitar a proliferação de controvérsia só seria cabível quando ela já estivesse disseminada. Estabelecendo um paralelo com a medicina, segundo essa visão, um remédio concebido para prevenir o câncer só poderia ser indicado após a disseminação da doença.

Apesar do aparente paradoxo do raciocínio, este foi seguido por balizados doutrinadores. Segundo Dierle Nunes, o que se pretende é impedir a profusão de ações e recursos, sem “viabilizar uma padronização decisória uniformizadora que teria o condão de estabilizar o quadro interpretativo”. Tal solução, a partir dos primeiros casos, antes mesmo que o dissenso interpretativo se instaure, “ao invés de gerar a isonomia com legitimidade (fruto da máxima análise de argumentos após a divergência de entendimentos) promoverá, no mais das vezes, um julgado empobrecido por poucos argumentos analisados, em face do pinçamento preventivo dos primeiros casos que forem submetidos ao Poder Judiciário e que podem gerar a multiplicação de processos sobre idêntica controvérsia. Nesses termos, assiste-se à utilização desses padrões decisórios para gerar uma profusão numérica de julgados, sem o devido respeito ao modelo constitucional de processo, especialmente quando se percebe os novos papéis que a Jurisdição e o processo viabilizam na implementação de direitos em nosso país pós 1988”<sup>57</sup>.

Alexandre Câmara destaca, no mesmo sentido, que o incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ter caráter preventivo, pois para que o instituto tenha legitimidade, é imperioso que o debate sobre

56 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 193, março/2011, versão digital, p. 258.

57 NUNES, Dierle. *Demandas repetitivas: padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico*. Revista Consultor Jurídico. 6 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrece-discurso-juridico>. Acesso em 10/08/2018.

o tema já esteja amadurecido por intermédio de decisões proferidas em casos individuais<sup>58</sup>.

Não se olvide que, pela exposição de motivos já analisada, nunca foi a intenção dos criadores do IRDR suprimir o dissenso doutrinário ou a divergência de ideias. Justamente, ante a impossibilidade de suprimi-los, é que se faz necessária a fixação de um precedente. Não houvesse controvérsia, a existência de uma força jurídica para determinar uma posição prevalecente não teria qualquer sentido. Entretanto, o argumento de que a instauração do incidente antes da existência de dissídio jurisprudencial geraria um precedente ruim ou, pelo menos, pior do que aquele adotado após o dissenso, merece ser analisado.

O objetivo do IRDR é fixar uma tese jurídica com eficácia presente e futura, ou seja, que resolva tanto a questão de direito dos processos suspensos quanto aquela a ser apresentada em processos futuros. Existe, portanto, um inegável caráter objetivo no incidente, uma vez que a tese transcenderá a discussão concreta entre as partes para alcançar situações fáticas que ainda sequer ocorreram. Conclui-se, portanto, que a sistemática do IRDR aproxima-se muito mais de um processo objetivo que de um subjetivo<sup>59</sup>. Cabe avaliar, dessa forma, se a multiplicidade de decisões insulares adotadas em diferentes processos subjetivos pode contribuir para o debate objetivo que pretende fixar uma tese para o futuro.

Existe aí um claro embate entre o interesse da parte e o interesse da sociedade conforme a apropriação das interpretações jurídicas possíveis. Em relação ao interesse da parte, a lógica admite que, se um sujeito ajuizou de boa-fé uma demanda, é porque considera existir um fundamento jurídico possível que lhe confere uma determinada vantagem. A parte contrária apresentará, na resposta, uma outra tese, que pretende obstar a pretensão do autor. Há, portanto, controvérsias pré-definidas e cada parte irá conduzir o processo de modo a ajustá-las às situações que ficarem provadas ou surgirem no decorrer da ação.

58 Pronunciamento de Alexandre Freitas Câmara, em audiência pública na Câmara dos Deputados, em 16 de novembro de 2011. Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6025, de 2005. p. 4. Brasília, DF: 2012. Em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1026407](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407) Acesso em 14/07/2018.

59 “O IRDR se preocupa preponderantemente com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos apenas serão tutelados em um segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos”. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 82.

Veja-se, nesse ponto, que a parte pode nem concordar com o fundamento que ela mesma apresenta, ou até considerar melhor a contrária. Entretanto, sendo a sua uma tese possível, ela a defenderá em nome da vantagem que pretende obter. Isso significa que, no cálculo feito antes de ajuizar a demanda, a parte lida com o binômio custo individual x benefício individual ou, ainda, risco individual x proveito individual, de modo que pode decidir ingressar em juízo mesmo sem se convencer dos seus próprios fundamentos<sup>60</sup>.

Isso significa que os argumentos usados por uma parte em um processo individual não serão necessariamente os mesmos em um processo coletivo, assim como a argumentação em um processo subjetivo não é idêntica a de um processo objetivo. Em termos mais claros, é totalmente infundado o argumento de que várias teses individuais e subjetivas somadas resultariam uma tese coletiva e objetiva de melhor qualidade. A qualidade da construção de uma fundamentação jurídica não se fia ao número de decisões subjetivas, baseadas, por sua vez, em teses individuais, mas à qualidade do debate democrático instaurado a partir da finalidade de se construir uma tese objetiva para o futuro.

Nesse sentido, Sofia Temer leciona que “o incidente assemelha-se ao espaço público em que são apresentados fundamentos racionais para a tomada de decisões. O “teste do debate público”, ou seja, a tentativa de refutação através de argumentos racionais, *é o que legitima a decisão proferida no IRDR perante toda a sociedade e, por consequência, a posterior eficácia da decisão sobre a esfera dos sujeitos das demandas repetitivas. Não a sua participação pessoal, mas a sua participação “virtual” no convencimento para a fixação da tese, através do teste da aceitabilidade racional.*”<sup>61</sup>

60 A análise dos riscos de litigância é extensamente desenvolvida no ambiente corporativo norte-americano, em função da abrangência do julgamento por um júri de cidadãos leigos, em relação aos mais variados assuntos. Para o cálculo de probabilidades, utilizam-se métodos como o “*compound probability*” ou “*roll-back*”, que consistem em análises matemáticas de árvores de eventos. Entretanto, para a exposição do presente trabalho, o raciocínio exposto é suficiente. Para informações sobre os métodos e cálculo de riscos de litigância: CALLIHAN, Robert; DENT, John R.; VICTOR, Marc B. *The role of risk analysis in dispute and litigation management*. American Bar Association, 2004, disponível em <https://www.litigationrisk.com/Paper%20on%20Risk%20Analysis%20for%20ABA%20Forum%20on%20Franchising.pdf> (acesso em 18/08/2018) e VICTOR, Marc B. *Risk evaluation in intellectual property litigation. Intellectual Property Counseling and Litigation*, 2002, disponível em [http://www.litigationrisk.com/Risk%20Evaluation%20in%20IP%20Litigation%20\(web\).pdf](http://www.litigationrisk.com/Risk%20Evaluation%20in%20IP%20Litigation%20(web).pdf) (acesso em 18/08/2018).

61 TEMER, Sofia. op. cit. p. 152.

A autora invoca o escólio de Jürgen Habermas ao assentar que se trabalha, em alguma medida com suas ideias, “notadamente as de aceitabilidade racional e de razão comunicativa, as quais foram incorporadas ao discurso jurídico nacional com a função de legitimar decisões cujos efeitos transcendem casos concretos específicos”.<sup>6263</sup>

Portanto, verificamos que não se afigura adequado equiparar a discussão subjetiva e individual à objetiva e coletiva. Além disso, não se deve exigir no IRDR algo que jamais será atingido: a unanimidade sobre uma determinada tese.

No entanto, em sentido oposto, a emenda do Deputado Bruno Araújo assevera: “Em qualquer assunto, o dissenso inicial gera ambivalência, incerteza e, até mesmo, ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. A essa altura, quando ainda se iniciam as discussões e se instaura a polêmica, ainda não se chegou ao melhor momento para que o tribunal se posicione e fixe uma tese jurídica a ser aplicável a casos futuros. Tolerar o dissenso por algum tempo é, na verdade, uma maneira de permitir que o debate continue até que se alcance maior clareza sobre o assunto. **Uma decisão sobre os pontos em disputa, que fixe a tese jurídica para casos futuros, não estabelece, de uma vez por todas, a *ratio decidendi* a ser seguida, ficando a questão em aberto e sujeita a novos questionamentos, com a apresentação de outros argumentos ainda não apreciados e sobre os quais não houve reflexão, análise, ponderação, exame pelo tribunal.** É manifestamente alto o risco de haver sucessivas decisões afastando a aplicação do precedente, em razão de algum *distinguishing*, *overruling* ou *overriding*.”<sup>64</sup> (grifei)

Conclui o parlamentar que um dos requisitos de admissibilidade do IRDR deve ser a existência de controvérsia já estabelecida em decisões

---

62 *Ibidem*.

63 Segundo Claudio Pereira de Souza Neto, “Habermas ressalta que a racionalidade das pretensões normativas está vinculada à força do melhor argumento. No entanto, para que o melhor argumento possa se impor e obter assentimento generalizado, é mister que os mais diversos argumentos tenham igual oportunidade de chegar à apreciação do decisor e do público que o influencia e critica. Somente o teste do debate público, onde cada argumento é submetido a contra-argumentos, pode dar a força necessária para que o melhor argumento leve a efeito sua força legitimadora.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 297.

64 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de revisão do projeto de lei 8.046/2010. Proposta de Emenda do Deputado Bruno Araújo. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=930855&filename=](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=930855&filename=). Acesso em 05/07/2018.

conflitantes. O mesmo conclui outro Deputado, Junior Coimbra, que, em posição mais radical, sugeriu que o IRDR fosse extirpado do projeto: “Cabe lembrar que a grande crítica do efeito vinculante foi o engessamento da jurisprudência e do pensamento jurídico, transformando o juiz em um mero repetidor de decisões. Entretanto, rebatia-se esse argumento com o fato de que até que a questão chegasse ao Supremo para a formação de uma súmula vinculante, a mesma já teria sido decidida/debatida por todos os órgãos jurisdicionais. Ora, com a proposta de incidente de demandas repetitivas prevista no projeto, reaviva-se com muito mais vigor essa crítica ao efeito vinculante, pois o mesmo será tomado em um único processo, proveniente de um único tribunal, sem que o debate tenha sido amplo e maduro nas demais regiões e tribunais do país.”<sup>65</sup>

Na esteira de tal raciocínio, não houve demora até que algum parlamentar sugerisse um requisito objetivo de admissibilidade do IRDR, com base no dissídio jurisprudencial. Considerando a argumentação dos defensores do caráter repressivo do IRDR, a proposta não é absurda. Trata-se, apenas, de levar às últimas consequências a sua posição, pois, de nada adianta argumentar pela necessidade de dissídio jurisprudencial para a adoção da melhor tese e silenciar sobre o ponto a partir do qual se verifica o amadurecimento pretendido.

Pensando nisso, o Deputado Alfredo Kaefer propôs que o IRDR fosse admitido somente nos casos em que mais da metade dos Tribunais Regionais Federais, ou de vinte Tribunais Estaduais representativos de todas as regiões do país, confirmem a existência de julgamentos com idêntica controvérsia. Considerando que o Brasil possui cinco Tribunais Regionais Federais e vinte e sete Tribunais Estaduais, bem como levando-se em conta que há demandas que se concentram em um ou poucos Estados, a adoção dessa emenda equivaleria à sentença de morte do incidente.

Entretanto, como já dito, a adoção de requisitos objetivos seria uma condenação do instituto ao fracasso, uma vez que não se pode prever de que forma e em quais partes do território uma determinada controvérsia será instaurada. A inutilidade de um instituto em razão de requisitos obje-

---

65 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial de revisão do projeto de lei 8.046/2010. Emenda 392. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=940499&filenome=EMC+392/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=940499&filenome=EMC+392/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010). Acesso em 05/07/2018.

tivos não seria novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o mesmo ocorre, por exemplo, com a lei de iniciativa popular<sup>66</sup>.

Antes da discussão final e votação, foi elaborado um relatório pela comissão especializada apreciando as emendas propostas pelos parlamentares. Nesse documento, o relator afastou as interpretações que pretendiam retirar do instituto o seu caráter preventivo e reafirmou que tal característica *não é necessariamente a regra, mas uma faculdade do órgão colegiado, fazendo constar expressamente no caput* que o incidente seria cabível sempre que houvesse “efetiva ou potencial” repetição de processos:

“Art. 997. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver **efetiva ou potencial repetição de processos** que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.<sup>67</sup>” (grifei)

Vejam a contundente defesa do relator em relação à impossibilidade de se exigir um efetivo dissídio jurisprudencial: “A Emenda propõe mudanças com o fim de estabelecer que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja admitido **somente nos casos em que haja decisões distintas em processos que versem sobre situações jurídicas homogêneas**, desde que presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

66 A Constituição da República Federativa do Brasil determina que “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (art. 61, §2º da CRFB). Isso significa que, tendo o Brasil 146.275.020 eleitores (segundo dados do TSE de julho de 2018), o projeto deve seguir com 1.462.750 assinaturas. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 252, I) determina que “a assinatura de cada eleitor deverá ser acompanhada de seu nome completo e legível, endereço e dados identificadores de seu título eleitoral”. Por óbvio, essas assinaturas devem ser conferidas com os dados do cadastro eleitoral para a validação da propositura. Apenas a título ilustrativo, se a conferência tomar uma média de 20 segundos por subscritor, considerando-se o período útil de funcionamento do Congresso, o total de tempo aproximado investido somente nessa tarefa seria de cinco anos. A consequência é óbvia: nunca houve oficialmente uma lei de iniciativa popular no Brasil. A prática determina que, quando um projeto de lei de iniciativa popular é recebido na Mesa da Câmara, observada a seriedade da proposta, um Deputado adota o projeto como de sua autoria, o que permite a tramitação sem a conferência das assinaturas. Por esse motivo, a doutrina brasileira adotou o termo “lei de inspiração popular” para se referir aos diplomas normativos que chegaram à Câmara com as assinaturas dos eleitores, uma vez que, oficialmente, todos os projetos recebidos nesses moldes constam como autoria de um parlamentar. Sobre o tema: CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Legislativo Constitucional*. 3ª ed., Ed. JusPodivm, Salvador, 2017.

67 BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil”. Relator: Paulo Teixeira. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1026407](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407). Acesso em 14/07/2018.

*É de se notar que a emenda desvirtua o sentido original da proposta*, qual seja: um único julgamento para demandas iguais em qualquer tempo, **independentemente da existência de decisões individuais distintas**, com vistas a imprimir maior racionalização e celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, a redação proposta cria a exigência de haver sentenças divergentes em processo iguais para que o incidente de resolução de demandas repetitivas possa ser suscitado. Ora, nos casos de haver jurisprudência pacificada, as decisões das lides repetitivas serão iguais e, por conseguinte, não será possível a utilização do instituto em comento para inibir a ocorrência, nos tribunais pátrios, de diversas demandas semelhantes.

Ademais disso, para que o sistema processual seja harmônico, pragmático e racional, *é de bom alvitre que o incidente de demandas repetitivas seja utilizado o mais rápido possível*, não podendo ficar condicionado à existência de decisões divergentes para casos individuais.

Em suma, **a emenda complica o procedimento e cria obstáculo desnecessário à aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas**. Desse modo, o acolhimento da emenda n° 181 não seria conveniente, uma vez que, ao criar obstáculos para a efetivação tempestiva da tutela jurisdicional, **macula as características do projeto como um todo.**<sup>68</sup> (grifei)

Entretanto, o relator agiu de modo contraditório, ao retirar a possibilidade de instauração do incidente pelo juiz de primeira instância, indo de encontro à ideia principal do projeto, ao exigir a sua instauração somente quando houvesse processo pendente no tribunal.

Em outros termos, a proposta foi mantida em seu corpo, pois reafirmou o critério potencial, mas foi atingida em seu coração, pois impediu, na prática, a sua instauração o mais rapidamente possível. Esse novo desenho acabou aproximando o incidente do sistema de “causa-modelo”, em que há uma separação entre o processo que motivou o incidente e o julgamento deste, para o de “causa-piloto”, em que tanto o julgamento da ação quanto do incidente são decididos ao mesmo tempo. Apesar de ainda não constar expressamente que o julgamento do incidente deverá ocorrer em conjunto com o mérito da causa, a exigência de processo no tribunal praticamente

<sup>68</sup> *Ibidem*.

induz a essa conclusão, uma vez que a existência de dois órgãos colegiados (um para a tese e outro para o mérito) acabaria levando a problemas que seriam resolvidos prontamente com a união das duas funções.

É possível que a rejeição à aproximação do modelo de julgamento objetivo (em que se julga uma tese para o futuro) tenha sido, desde o início, o motivo das críticas doutrinárias ao modelo estabelecido pela comissão do anteprojeto. O sistema jurídico brasileiro, fundado na *civil law*, ainda resiste a uma aproximação ao sistema da *common law*. O advento do sistema de precedentes positivado no ordenamento jurídico em 2004, por ocasião da Emenda Constitucional n° 45, que passou a prever a força vinculante de determinados enunciados do Supremo Tribunal Federal, e reforçado em 2008, com a edição de lei que previu a possibilidade de julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, foi duramente criticado por parte da doutrina constitucionalista brasileira.

Nesse sentido, por todos, Lenio Streck: “No afã de implantar o tal “sistema”, suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário. Simples assim. A raiz disso tudo talvez esteja no que se entende por precedente. Ao que estamos lendo por aí, estão fazendo uma simplista equiparação do genuíno precedente do *common law* à jurisprudência vinculante pindoramense. Ora, o fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes não pode nos induzir à leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*.”

Para tal desiderato, cremos ser fundamental a correta noção sobre o que é efetivamente um precedente genuíno do *common law* e a necessária compreensão do que é um provimento vinculante por disposição legal, por exemplo, súmula vinculante, acórdão paradigma etc. O sistema genuíno de precedentes inglês é criador de complexidade. O que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC.”<sup>69</sup>

69 STRECK, Luiz Lenio; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? Revista Consultor Jurídico. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 15/08/2018.

Relembre-se que, como exposto pela comissão do anteprojeto, uma das funções precípua do Novo Código de Processo Civil é resolver problemas concretos pela proposição de instrumentos normativos que possam alterar o panorama de asoberbamento do Poder Judiciário, permitindo o seu pleno funcionamento e o cumprimento de sua missão constitucional. A apreciação de todas as ameaças ou lesões de direitos pressupõe que sejam atendidos simultaneamente os princípios do devido processo legal, da celeridade e economia processuais. Os debates doutrinários são importantes e imprescindíveis na medida em que importarem efeitos palpáveis na vida dos cidadãos, que necessitam de um Poder Judiciário capaz de fornecer uma resposta em tempo adequado às suas pretensões.

Além disso, os problemas normativos que passam a dominar o espaço de debates surgem na medida em que o incidente se afasta da sua ideia original. A supressão da instauração em primeira instância, a par do já mencionado paradoxo da disseminação de controvérsias, leva à equivocada conclusão de que o incidente e o processo devem ser julgados em conjunto pelo mesmo órgão.

Como exposto, nunca foi a intenção da comissão que o órgão colegiado julgasse o IRDR e também o caso concreto. Basta perceber que, se assim fosse, sequer seria necessária a existência de um incidente com rito próprio. Ao contrário, a preocupação em divisar um incidente, dotando-lhe de características próprias, levam à conclusão de que há uma verdadeira separação entre a discussão do mérito (em concreto) e a fixação de uma tese passível de ser aplicada concretamente, no presente e no futuro. Essa discussão será retomada adiante, quando da análise da redação final do Código, uma vez que outros elementos serão agregados a ela em razão da atuação do parlamento nas fases legislativas posteriores.

O golpe final na preventividade, aqui compreendida a expressão como a possibilidade de instauração do incidente antes do ajuizamento de reiteradas demandas com a mesma questão de direito<sup>70</sup>, ocorreu na

70 A expressão “caráter preventivo” do IRDR pode ser compreendida de duas formas. A primeira delas, mais ampla, como aquela que entende ser o incidente adequado a prevenir a distribuição de demandas com a mesma questão de direito. Assim, o incidente seria cabível independentemente da existência, no momento da sua instauração, de reiterados processos com a mesma questão de direito. Obviamente, adotando-se esse conceito, seria dispensável também a existência de dissídio jurisprudencial, pois se não é necessário sequer a existência de diversos processos, não se impõe, consequentemente, a divergência de decisões judiciais. Conforme já exposto, assim era compreendido o IRDR no anteprojeto aprovado em primeiro turno no Senado Federal, tanto que a norma original estabelecia a instauração quando houvesse “potencial repetição de processos”. A segunda forma de interpretar a expressão “caráter preventivo” do IRDR é mais

própria Câmara dos Deputados, entre a apresentação do relatório final (que trazia na redação do artigo principal a “efetiva ou potencial repetição de processos”) e a sua votação: a expressão “ou potencial” foi retirada, de modo que o texto a ser votado foi disposto desta forma:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver *efetiva repetição de processos* que contenham contro-  
vêrsia sobre *a mesma questão unicamente de direito.*<sup>71</sup> (grifei)

A apressada alteração não teve os seus motivos expostos (pelo menos, não nas fontes fornecidas publicamente para consulta) e ainda trouxe uma imprecisão técnica que passou despercebida por todas as demais fases e consta, até hoje, no texto final do Código: não existe questão unicamente de direito, como já mencionado. O direito é sempre subjacente aos fatos, razão pela qual a análise de uma “questão de direito” induz à conclusão de se estar diante de uma questão preponderantemente de direito e não unicamente de direito<sup>72</sup>.

No entanto, esse foi o menor dos problemas. Após os debates, o relatório final da Câmara foi enfático, em extensas razões, quanto à necessidade de manutenção da preventividade<sup>73</sup> como corolário do próprio sistema do incidente. Contudo, havia de ser resolvida a incompatibilidade entre tal característica e a necessidade de julgamento em segunda instância e, mais uma vez, a ideia original perdeu espaço frente às discussões tumultuadas no Congresso: em vez de se retirar a instauração em segunda instância, retirou-se a menção à preventividade<sup>74</sup>.

Nesse momento, é preciso reconhecer que o texto do relatório final da Câmara dos Deputados está harmônico com o conceito de julgamento

---

restrita, admitindo que o incidente busca prevenir, na verdade, apenas o dissídio jurisprudencial, mas não visa a impedir a distribuição de processos com a mesma questão de direito. Portanto, para tal entendimento, seria necessária, no momento da instauração do incidente, a existência de reiteradas demandas com a mesma questão de direito e não a presença de dissídio jurisprudencial. Esse último pode eventualmente existir, mas não se caracteriza como um requisito.

71 Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8046-A de 2010 do Senado Federal (PLS n. 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D928A4458365A833025FD76F25F1711D.proposicoesWebExterno2?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D928A4458365A833025FD76F25F1711D.proposicoesWebExterno2?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010). Acesso em 18/08/2018.

72 Aparentemente a expressão “unicamente” demonstra a intenção do legislador de excluir a possibilidade de análise de questões fáticas no IRDR.

73 Aqui compreendido em sentido restrito, conforme esclarecido na nota de rodapé 75.

74 *Idem*.

da “causa-piloto”, em que pese não ser essa a ideia original. Existe uma supressão da preventividade<sup>75</sup>, com julgamento do incidente em segunda instância em uma ação originária ou recurso que lá esteja tramitando. Esquecendo-se do fato de que a existência de todo um rito somente para esse resultado é desnecessária, o legislador, nesse ponto, apresentou ao menos ideias coerentes entre si no texto.

O projeto seguiu para o Senado para nova revisão, em razão das emendas apresentadas. Aqui, segundo o processo legislativo brasileiro, estabeleceu-se um marco de estabilização, diante do qual se impõe à casa revisora a escolha de apenas uma entre duas condutas: 1) rejeitar as emendas e restabelecer o projeto original ou; 2) aprovar as emendas. Conforme o caso, após realizada a escolha, pode-se proceder a uma adequação meramente estilística ou organizacional do texto, sem alteração da ideia original.

Isso significa que, rejeitadas as emendas, o projeto original deveria ser resgatado, com todos os seus conceitos harmonicamente estabelecidos. Se aprovadas as emendas, o projeto original seria perdido, mas outro razoavelmente estruturado seria colocado em seu lugar. Havia, portanto, uma escolha a ser feita entre dois conceitos: um preventivo (causa-modelo) e outro repressivo (causa-piloto). Não existia uma terceira opção. Porém, o Senado, ao arrepio da Constituição<sup>76</sup>, criou uma nova via, que deu origem aos percalços doutrinários que o IRDR enfrenta atualmente.

## O IRDR REVISTO PELO SENADO

O projeto foi votado pela Câmara dos Deputados com a seguinte redação em seu *caput* e parágrafos:

“Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

§ 1º O incidente pode ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> Art. 65 da Constituição: “O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.”

§ 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.

§ 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por inclua associação a defesa civil do cuja interesse finalidade ou institucional direito objeto do incidente, por petição.”

Assim dispôs o relator do Senado<sup>77</sup> em relação ao referido texto: “O *caput* do art. 988 do SCD merece ser desmembrado em incisos em nome da boa técnica legislativa, além de reivindicar modificações redacionais para fins de clareza. **Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 988 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas.** Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência.” (grifei)

Como se percebe de imediato, o relator retomou a ideia original do anteprojeto, que é valorizar a instauração em primeira instância, evitando a proliferação das demandas repetitivas. Conforme se sustentou no decorrer do presente estudo, todo o sistema foi pensado para que o incidente fosse julgado por um colegiado e a tese, aplicada aos processos em curso em primeiro grau. Os renomados juristas que compuseram o anteprojeto não se preocuparam com a questão da supressão de instância, uma vez que jamais constou da ideia inicial o julgamento do mérito por tal colegiado: interessava-lhes apenas a fixação da tese.

Como visto, essa ideia foi alterada na Câmara dos Deputados, para tornar o sistema próximo ao da “causa-piloto”, com possibilidade apenas de instauração em segunda instância e (presumivelmente) com o julgamento de mérito por esse órgão. Ocorre que, retornando-se à ideia original, a questão da competência para julgar o caso concreto perde a razão de ser, uma vez que o juiz não poderá jamais abrir mão de sua jurisdição,

<sup>77</sup> Parecer nº 956, de 2014 da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Relator: Senador Vital do Rêgo. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/MATE\_TI\_159354.pdf. Acesso em 18/08/2018.

sob pena de supressão de instância. Logicamente, a possibilidade de instauração do IRDR em primeira instância deixa claro que o órgão colegiado não julgará o mérito, apenas a tese, ficando a cargo do órgão regimental a resolução da questão de fundo.

Entretanto, por algum motivo, o relator do Senado não percebeu esse fato. Vejamos a análise da Emenda nº 131:

“O art. 991 do SCD (“Art. 991. O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar.”) **não deixa claro se, no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o julgamento do órgão competente se restringirá à fixação da tese jurídica ou se avançará também para decidir o caso concreto.**

No caso de recursos especial ou extraordinário repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal não apenas fixa a tese jurídica como também decide o recurso, conforme explicitado no art. 1.052 do SCD.

No caso de incidente de resolução de demandas repetitivas, **a lógica é a mesma.** Um recurso representativo da controvérsia servirá de esteio para que o tribunal prolate sua decisão de eficácia multitudinária.

Acontece que, para clareza textual, é importante explicitar que, no incidente de recursos repetitivos, **o órgão julgador não se limita a fixar a tese, mas também avança no julgamento do caso concreto.** É verdade que tal procedimento já está implícito na redação do SCD, do que dá ilustração **o fato de o § 4o do art. 995 do SCD prever o cabimento de recursos especial e extraordinário contra o veredito firmado sobre o incidente.**” (grifei)

De fato, a ideia da Câmara dos Deputados orbitava em torno da possibilidade de julgamento do mérito pelo órgão colegiado, pois, com a supressão da instauração em primeira instância, essa lógica não causaria qualquer intercorrência processual. Porém, como visto, o relator reinseriu essa faculdade, e, portanto, alterou a sistemática do projeto pensado pela Câmara. Para o correto funcionamento do sistema, é necessária a conjugação harmônica de suas partes. Assim, reinserindo-se a possibilidade de o juiz suscitar o incidente, todos os dispositivos que fizessem referência a uma possibilidade de julgamento do processo (e não do incidente) pelo órgão colegiado deveriam ser revistos. Não foi o que ocorreu. Considere-

rando o art. 991 isoladamente, o relator inferiu que nele estava implícito o julgamento do mérito pelo órgão (e realmente poderia estar, desde que mantida a proibição de instauração em primeira instância) e inseriu um parágrafo declarando-o expressamente. Vejamos:

“Assim, em busca da **clareza textual**, há de acrescer esse esclarecimento no § 1o do art. 991 do SCD, como ajuste de mera redação para garantia da clareza das informações. A Emenda no 131, do Senador João Durval, é nesse sentido. (...)

Colhe-se, pois, parcialmente a Emenda nº 131, do Senador João Durval, para inserir, onde couber na redação final lançada no capítulo deste relatório destinado ao exame do art. 988 do SCD, o seguinte texto normativo: **“O órgão colegiado, incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente.”**<sup>78</sup> (grifei)

Dessa forma, o relator no Senado criou um sistema híbrido: o julgamento do mérito pelo órgão colegiado e a possibilidade de instauração em primeira instância. Nota-se que, segundo ele, a previsão de julgamento do mérito pelo colegiado tratava apenas de imprimir maior clareza textual ao projeto. Esqueceu-se de que tal norma somente poderia existir ante a impossibilidade de o juiz de primeiro grau suscitar o IRDR. Portanto, ao reinserir esta faculdade, inovou no projeto ao também prever expressamente o julgamento do mérito pelo colegiado, pois os dois sistemas não podem conviver sem determinadas condições. Tal inovação é proibida constitucionalmente, como visto. Deveria ter escolhido entre um sistema ou outro, mas, no afã de resgatar a ideia original, não procedeu com zelo em relação ao restante da estrutura normativa.

A demonstração de todo o *iter* processual legislativo tem por finalidade a correta compreensão dos motivos que levaram à redação final do Código e das controvérsias que o cercam. Sem essa devida análise, corre-se o risco de invocar razões que jamais existiram para justificar o engano do legislador, como nesta passagem doutrinária que analisa a inserção da referida Emenda: “A intenção do legislador é claramente que o IRDR somente possa ser suscitado na pendência de processo no tribunal, ou seja,

<sup>78</sup> Correspondente ao art. 978, parágrafo único do CPC.

já depois de proferidas decisões na primeira instância.”<sup>79</sup> No entanto, essa não foi a intenção do legislador, porque ele a declarou expressamente e apenas aduziu que havia uma ideia implícita no projeto da Câmara de que o órgão colegiado deveria julgar o mérito. Já vimos, entretanto, que tal ideia somente existia ante a impossibilidade de instaurar o incidente em primeira instância.

Portanto, a partir do momento em que se conhece a razão do equívoco, é possível propor soluções adequadas ao sistema que se pretende implantar. A primeira, seria reconhecer de plano a inconstitucionalidade formal da emenda, extirpando o dispositivo do Código. Nesse sentido: “O art. 978, parágrafo único, que vem justificando tal entendimento, corresponde a uma burla no devido processo legislativo. Defende-se abertamente a inconstitucionalidade formal do dispositivo, porque ausente previsão similar nas versões aprovadas na Câmara e no Senado. Não se pode compreender que tal dispositivo tenha surgido como “emenda de redação”, porque tem conteúdo substancialmente distinto das versões anteriores.”<sup>80</sup>

Outra solução possível é *entender que o dispositivo em questão somente fixa uma regra de prevenção: se eventualmente interposto recurso no processo que originou o incidente, sendo caso de remessa necessária ou processo de competência originária, estes serão julgados pelo órgão que fixou a tese jurídica*<sup>81</sup>. Tal interpretação se extrai gramaticalmente do texto aprovado, não interfere no processamento do incidente e ainda observa o princípio da razoabilidade, pois se afigura adequado que o mesmo órgão já conhecedor da lide fique prevento e, assim, julgue de maneira mais fácil e ágil a demanda. Ressalte-se que a redação do parágrafo único em nenhum

79 Cabral, op. cit., p. 108. Sobre o tema, Alexandre Câmara leciona que “por força da exigência legal de que o tribunal não se limite a fixar a tese, mas julgue, como causa-piloto, o processo em que instaurado o incidente, impõe-se que já haja pelo menos um processo pendente perante o tribunal, sob pena de se promover uma inadequada e ilegítima supressão de instância.” Câmara, op. cit., 479. Fredie Didier Junior (DIDIER, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, Salvador: Juspodivm, 2016, p.594), Leonardo Carneiro da Cunha e Marcos Cavalcanti também sustentam que o IRDR pressupõe a existência de ao menos um processo em trâmite no Tribunal. No mesmo sentido, o Enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”

80 TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 110. Também defendem a inconstitucionalidade Antônio do Passo Cabral e Marco Cavalcanti, sendo que esse último sustenta a inconstitucionalidade material por violação ao art. 96, I da Constituição, que prevê a competência dos Tribunais para elaborar seus regimentos internos e dispor sobre a competência e funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais.

81 Nesse sentido MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 580-581, bem como MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p.121.

momento estabelece que o julgamento do incidente e do processo será simultâneo. Como se não bastasse, a exegese *é consentânea à ideia inicial do anteprojeto* que, conforme já exposto, não entendia como requisito para o IRDR a existência de processo pendente no Tribunal e consagrava o sistema da “causa-modelo”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento do IRDR nº 0032321-30.2016.8.19.0000<sup>82</sup>, instaurado por iniciativa de magistrado de primeiro grau, já consagrou expressamente o referido entendimento, corroborando o Enunciado nº 22 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), que estabelece: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”<sup>83</sup>

Da mesma forma, quando do juízo de admissibilidade do IRDR nº 0023205-97.2016.8.19.0000, o Órgão Especial também considerou que seria equivocada a leitura do art. 978, parágrafo único, do CPC se levasse à conclusão de que “o incidente só seria cabível se suscitado em recurso, remessa necessária ou em processo de competência originária do Tribunal.” Isso porque, “não faz sentido restringir o seu cabimento a feitos em trâmite no Tribunal, pois seria um estímulo à desnecessária proliferação de ações marcadas pela mesma controvérsia.”

Segundo o referido Acórdão, a supramencionada norma apenas dispõe quais “os casos em que o próprio colegiado competente para decidir o incidente julgará a questão constitutiva do mérito dos processos originários, o que não acarretará supressão de instância, nem significa dizer que o incidente não seja cabível se suscitado em caso como este.”

E conclui: “já que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de juiz pedir a instauração do incidente, é desnecessária a existência prévia de recurso ou ação originária no tribunal, que, nesse caso, julgará apenas o incidente, fixando a tese jurídica. Em outros termos, dar-se-á aqui uma cisão cognitiva, pois compete a este Órgão julgar apenas o incidente, e ao primeiro grau, julgar a causa contida no feito originário.”<sup>84</sup>

82 Relatora Desembargadora Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira. Decisão de admissibilidade em 22/09/2016. Julgado o mérito pela Seção Cível do Consumidor em 30/05/2017.

83 Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 16/09/2018.

84 Relator Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Decisão de admissibilidade em 19/05/2016. Mérito do IRDR ainda pendente de julgamento.

## CONCLUSÃO: A REDAÇÃO APROVADA E AS PROPOSTAS DE INTERPRETAÇÃO CONDIZENTES COM A NATUREZA DO INSTITUTO E O SEU HISTÓRICO LEGISLATIVO

As redações finais do art. 976, *caput* e seus incisos, bem como do art. 977 e 978, todos do Código de Processo Civil brasileiro, dispositivos que guardam mais estrita relação com o objeto do presente trabalho, restaram aprovadas da seguinte forma, após deliberação nas duas Casas Legislativas:

*“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, **simultaneamente**:*

*I - **efetiva repetição de processos** que contenham **controvérsia** sobre a mesma questão unicamente de direito;*

*II - **risco de** ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*

*(...)*

*Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:*

*I - **pelo juiz** ou relator, por ofício;*

*II - pelas partes, por petição;*

*III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.*

*Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.”*

*Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.*

*Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica **julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.**” (grifei)*

É mister reconhecer que, analisando o texto final, *não há* mais como defender a preventividade<sup>85</sup> originariamente sustentada pela Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto. A substituição das expressões “controvérsia com **potencial** de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato **risco** da coexistência de decisões conflitantes” por “**efetiva repetição de processos** que contenham controvérsia” gera a inafastável conclusão da necessidade de multiplicidade de demandas.

<sup>85</sup> Aqui compreendida a expressão em sentido restrito, conforme distinção realizada na nota de rodapé 75.

No entanto, não há obrigatoriedade de dissídio jurisprudencial, conforme sustentado por parte da doutrina. Isso porque a controvérsia exigida pela norma é a endoprocessual e não a extraprocessual<sup>86</sup> (doutrinária ou jurisprudencial). Se houvesse necessidade de efetivo dissídio, o inciso II do art. 976 do CPC não traria também como requisito o “**risco** de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Se há risco, é porque ainda não há dissídio, pois se há dissídio já se consolidou a ofensa<sup>87</sup>. Logo, pode o juiz de primeiro grau instaurar o IRDR sempre que constatar a existência de reiterados processos com a mesma questão de direito (demandas de massa) e que possuam risco potencial de surgimento de decisões judiciais conflitantes<sup>88</sup>.

A controvérsia imposta também precisa ser séria a ponto de causar risco à segurança jurídica. Portanto, se a tese sustentada por uma das partes for teratológica, flagrantemente inadmissível, de forma a se presumir que não irá produzir dissídio jurisprudencial, não deve ser admitido o IRDR.<sup>89</sup>

Não há, também, a necessidade de existência de processo em trâmite no Tribunal. Consagrar tal entendimento corresponde, conforme já exposto, a corroborar uma flagrante inconstitucionalidade, razão pela qual o art. 978, parágrafo único do CPC pode ser interpretado apenas como regra de prevenção.

A necessidade de processo em segundo grau limita consideravelmente a aplicação do IRDR e, em muitos casos, impede o efeito que se pretendeu obter: sustar, o quanto antes, as demandas que possuam a mes-

86 Em geral, controvérsia pode assumir duas acepções: extraprocessual ou endoprocessual. Terá caráter extraprocessual, quando a questão de direito for objeto de divergências que extrapolem o mundo do processo, por exemplo, na discussão conceitual entre doutrinadores, em decisões anteriores de outros tribunais, em interpretações conflitantes adotadas pela administração pública, etc. Já a controvérsia endoprocessual se forma com a oposição de um dos atores processuais à tese do autor. Tal resistência pode ser realizada pelo juiz (em improcedência liminar do pedido, em decisão interlocutória, ou na própria sentença, se houver revelia), pelo réu (em contestação, como é o caso mais comum) ou por terceiro interveniente.

87 Nesse sentido: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas, Ed. JusPodivm, Salvador, 2018. p. 110.

88 A preocupação do legislador se justifica, tendo em vista que “Linhas decisórias inconstantes violam expectativas legítimas do jurisdicionado. Aquele que se coloca em situação similar à do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa.” MARINONI, Luiz Guilherme. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 2074.

89 Nesse sentido, leciona Bruno Dantas: “não é qualquer multiplicação de processos que abre ensejo à instauração do IRDR, mas apenas aquela que ofereça risco efetivo de prolação e coexistência de decisões conflitantes, o que ofende a isonomia e a segurança jurídica.”, in “Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil”, Teresa Arruda Alvim Wambier... (et al), coordenadores, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015. P. 2181).

ma questão de direito<sup>90</sup> e, assim, dependendo da tese adotada, impedir a prática de atos processuais desnecessários que tanto prejudicam e assoberbam o Poder Judiciário brasileiro.

Não se olvide que o principal objetivo da comissão de juristas que idealizou o anteprojeto do Código de Processo Civil era resolver problemas. A exegese das suas normas deve, portanto, buscar a máxima efetividade e observar, dessa forma, os princípios da duração razoável do processo e da celeridade.

Afinal, nada adiantará a implementação dos mais modernos e inovadores institutos na legislação processual se continuarmos utilizando a visão formalista do passado e que, ao menos no Brasil, se revelou incapaz de solucionar as mazelas que impedem a prestação jurisdicional adequada e eficaz.

---

90 A suspensão dos processos em curso como consequência da admissibilidade do IRDR está prevista no art. 982, I do Código de Processo Civil.

# Notas sobre a Objeção de Consciência<sup>1</sup>

**Thiago Magalhães Pires**

*Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Convidado dos Cursos de Pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ (2014/2015) e em Direitos Fundamentais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, em parceria com o Ius Gentium Coninbrigae - IGC da Universidade de Coimbra, Portugal (2017)*

**RESUMO:** O presente artigo examina algumas questões relacionadas à objeção de consciência, tal como incorporada à ordem jurídica brasileira. São abordados temas como a justificação, titularidade do direito correspondente a ela e a forma como se deve trabalhar com casos de objeção de consciência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Objeção de consciência. Justificação. Titularidade. Ponderação.

**ABSTRACT:** This paper approaches some of the issues related to conscientious objections in Brazil. The justification for the existence of such a right, as well as the identification of those who are entitled to it, and the way it can be dealt with are a few of the matters discussed below.

**KEYWORDS:** Conscientious objection. Justification. Entitlement. Balancing.

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde a uma parte da tese de doutorado que defendi, na linha de Direito Público do Programa de Pós-graduação da Uerj, sob a orientação do Professor Luís Roberto Barroso – o homenageado deste número da Revista. Minha gratidão a ele, porém, não se limita à valiosa orientação de meus trabalhos acadêmicos. Devo aos vários anos em que estudei e trabalhei com o Professor a formação de um pensamento crítico e cosmopolita sobre o direito constitucional, sempre comprometido com o pluralismo e a emancipação do ser humano. Por isso, posso dizer que sua homenagem por esta prestigiosa publicação é mais do que justa diante da pessoa, do magistrado e do acadêmico que ele é – por mérito próprio, uma referência para todos nós.

## INTRODUÇÃO

O que fazer quando um dever legal vai de encontro à crença religiosa de alguém? Ou à sua convicção ética? Pode-se ver aqui uma tentativa de submeter a obrigatoriedade da lei a uma opinião individual – o que poderia erodir a ideia elementar do *rule of law*. Mas também se deve reconhecer que as orientações religiosas, políticas e filosóficas das pessoas são uma expressão de sua autodeterminação pessoal e, assim, manifestações de sua dignidade. Essas são algumas das polêmicas que cercam o tema da *objeção de consciência*. Lidar com ele é um desafio para o Direito Constitucional – e é como uma pequena contribuição a esse debate que se apresenta este breve artigo<sup>2</sup>.

O texto procura endereçar algumas das principais questões envolvendo a objeção de consciência. Ele se divide em sete tópicos, que discutem: (i) por que tutelar a objeção de consciência; (ii) a disciplina do tema na Constituição de 1988; (iii) quem são os titulares do direito; (iv) as posições jurídicas atribuídas a estes; (v) os elementos que devem ser considerados na ponderação; (vi) como respeitar a objeção de consciência; e, por fim, (vii) as dificuldades de se trabalhar com essa ideia no âmbito do serviço público.

### 1. POR QUE TUTELAR A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA?

Define-se a *objeção de consciência* como a invocação de uma obrigação ou proibição, fundada na convicção religiosa, política, ética ou moral do indivíduo, como escusa para que este não cumpra um dever imposto por lei. O objetor não põe em questão a ordem política como um todo ou uma instituição, mas simplesmente a viabilidade de ele, em particular, cumprir uma obrigação concreta<sup>3</sup>. Com base em um *imperativo de consciência*, pede-se uma exceção a um dever geral, cuja validade, em tese, não se discute<sup>4</sup>.

2 A versão editada e adaptada da tese na qual desenvolvi o tema pela primeira vez foi publicada pela editora Lumen Juris, com o título *Entre a cruz e a espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado no Brasil*.

3 SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Estudios Políticos*, n. 58, pp. 61-110, oct./dic. 1987, p. 79. Nesse sentido, ela se diferencia das ideias, por vezes aproximadas, de *direito de resistência* e *desobediência civil*, que têm um escopo fundamentalmente político (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 452 e ss.).

4 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 616, para quem a objeção de consciência “consiste no direito das pessoas de não cumprir obrigações ou não praticar actos que conflituem essencialmente com os ditames da consciência de cada um”. Segundo o Tribunal Constitucional português, a objeção “traduz-se [...] na resistência que a consciência individual opõe a uma lei geral, em virtude de as próprias convicções pessoais impedirem o sujeito de a cumprir” (*Acórdão nº 681/1995*).

O tema é delicado, mas está longe de ser intransponível. Sem dúvida, uma vez que se reconheça o caráter inevitável do pluralismo, não há como exigir que o direito corresponda à compreensão ética de cada um. Contudo, como a autodeterminação pessoal é uma decorrência imediata da igual dignidade de todos, é preciso abrir espaço, tanto quanto possível, para que as pessoas sigam as concepções de vida boa que considerem adequadas<sup>5</sup>. O Estado não pode assumir o papel de ditar, afirmar ou refutar verdades éticas; mas mesmo medidas que, em tese, sejam (ou aparentem ser) “neutras” podem ter impactos desproporcionais sobre alguns grupos ou pessoas – e a isonomia exige que esses efeitos sejam considerados com seriedade<sup>6</sup>. Tudo isso conduz à afirmação da objeção de consciência: ao reconhecer que atos abstratamente válidos podem gerar danos específicos para certos indivíduos apenas por causa de suas convicções, o Estado deve agir no sentido de evitá-los ou minimizá-los, na medida em que isso seja viável, restabelecendo, assim, a igualdade<sup>7</sup>.

Como o objetivo da objeção de consciência é promover a isonomia, é preciso cuidado para evitar que, a pretexto de acolhê-la, um prejuízo excessivo seja substituído por um benefício injustificado. Ao consagrar a objeção como direito fundamental, a ordem constitucional não confere – nem pode ser interpretada como se conferisse – um tratamento privilegiado a quem tenha certas convicções. A disciplina do tema deve se ater ao limite do necessário para afastar o dano desigual, bem como atentar para que isso não resulte em uma vantagem especial para os envolvidos<sup>8</sup>.

5 Como decidiu a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, a liberdade de consciência “consiste na possibilidade, juridicamente garantida, de acomodar o sujeito, sua conduta religiosa e sua forma de vida ao que prescreva sua própria convicção, sem ser obrigado a fazer algo que a contrarie” (*Sentencia 3173-93*).

6 PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 24, n. 71, pp. 47-72, mayo/ago. 2004, p. 61.

7 ASÍS ROIG, Rafael. Las tres conciencias. In: PECES-BARBA, Gregorio (Ed.). *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación derecho*. Boletín Oficial del Estado, 1993 (Monografías Universidad Carlos III), p. 31: “não parece que em um Estado democrático se possam oferecer razões que levem à sua negação [i.e., da objeção de consciência] sempre e quando por meio dela não lesione um bem de maior relevância ética”. Em termos jurídicos mais próximos da teoria dos princípios se poderia dizer: ela se justifica sempre que o grau de promoção da liberdade de consciência supere a medida de frustração que a isenção em favor do objeto geraria para os fins estatais.

8 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 681/1995*. No caso, por apertada maioria, declarou-se a constitucionalidade de dispositivo legal que subordinava o reconhecimento da condição de objetor de consciência à expressa declaração de disponibilidade para a prestação de serviço alternativo. Um dos pontos destacados pela divergência foi a inversão da *ratio* constitucional: o serviço alternativo é uma *consequência*, e não um *pressuposto*, da condição de objetor, de modo que a recusa à sua prestação não poderia levar à imposição do serviço militar contra os ditames da consciência do indivíduo, mas à aplicação de outras sanções (v. as declarações de voto dos Conselheiros Maria da Assunção Esteves, Luís Nunes de Almeida, Armindo Ribeiro Mendes e Maria Fernanda Palma). A mesma questão se colocou, com idêntico resultado, no *Acórdão n.º 711/1995*. Para a maioria formada, a exigência garantiria a seriedade do declarante.

## 2. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Todas essas preocupações foram atendidas pela Constituição de 1988 (CRFB), que acolheu a objeção de consciência como um direito fundamental e admitiu que a lei previsse, para quem a invocar, uma prestação alternativa, compatível com a convicção ética do indivíduo (art. 5º, VIII). Pelas razões acima, a oferta dessa prestação alternativa deixa de ser uma *possibilidade* para ser um *imperativo* sempre que, sem ela, a objeção de consciência gerar uma vantagem desmedida para o objeto.

A invocação da objeção de consciência exige uma restrição à privacidade: o sujeito deve informar suas convicções para que as autoridades possam acomodar seu pleito<sup>9</sup>. Na tentativa de diminuir esse custo, há quem sustente que, até certo limite, a prestação alternativa pode ser mais custosa que o dever legal, como forma de evitar um abuso da objeção de consciência, garantindo que só os casos de firme convicção sejam abarcados<sup>10</sup>. Essa postura parece adequada como forma de assegurar a preservação da ordem jurídica e evitar fraudes. Em certa medida, é o que se passa com os candidatos sabatistas nos concursos públicos realizados aos sábados, quando ficam durante quase todo o dia separados do contato com os demais, para só depois do pôr do sol iniciarem suas provas – garante-se a isonomia entre os candidatos e, ao mesmo tempo, evita-se que aventureiros invoquem a objeção de consciência como meio de obter vantagens indevidas. Isso não significa que se devem impor dificuldades desnecessárias aos objetores, mas simplesmente que medidas de acomodação podem envolver alguns custos mais elevados para quem invoca a objeção.

9 O fato de a objeção ser um direito não autoriza o interessado a exercê-lo arbitrariamente, por suas próprias mãos. Diante disso, o Superior Tribunal Militar manteve a condenação, por abandono de posto, de um soldado que – tendo afirmado inicialmente não ter religião – simplesmente deixou o serviço sem autorização porque, sendo adventista, não poderia trabalhar aos sábados (STM, DJ 3 abr. 2007, Apelação 2005.01.050146-0/PE, Rel. Min. Gen. Ex. Sergio Ernesto Alves Conforto).

10 RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 106-107. Segundo o autor, ao mesmo conduziria a ausência de previsão expressa da objeção na lei penal – a cominação da sanção já serviria como desestímulo a fraudes. No entanto, como alertam Posner e McConnell, o risco a que o sujeito se submete só serve como um indicio do grau de restrição que sua liberdade sofre até o efetivo reconhecimento de uma exceção – depois disso, os futuros objetores enfrentam perigos muito menores (se é que enfrentam algum) do que os que se apresentaram os primeiros. V. MCCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-60, Winter 1989, p. 52.

Nos termos do art. 5º, VIII, da Carta, eventuais sanções pelo descumprimento de um dever por imperativo de consciência só podem ser aplicadas se, cumulativamente: (a) o dever for *geral e previsto em lei* – em conexão com o art. 5º, II, da Constituição<sup>11</sup>; (b) houver previsão *também em lei* de serviço alternativo; (c) este não for incompatível com a convicção do cidadão; e (d) o interessado deixar de prestá-lo (de forma injustificada)<sup>12</sup>.

A Carta autoriza, nesses casos, a suspensão dos direitos políticos (art. 15, IV), mas não designa a autoridade competente para tanto – que, no regime anterior, era o Presidente da República<sup>13</sup>. Até a revogação da Lei nº 818/1949, ocorrida em 2017, ainda se previa o decreto presidencial como a via apropriada para isso. No entanto, o silêncio da disciplina normativa implica que a questão deve ser decidida pelo Judiciário<sup>14</sup>. O tema pode ser objeto de nova reflexão na eventualidade de se editar lei em sentido diverso. Mas, até que isso venha a ocorrer, não se pode presumir que sanção de tamanha gravidade dependa da vontade de um órgão político-partidário. Quanto ao período da suspensão, cabe ao legislador fixá-lo em termos razoáveis.

As observações acima se aplicam ao serviço militar<sup>15</sup>, “obrigatório nos termos da lei” (CRFB, art. 143, *caput*). São dispensados, em tempo de paz, “as mulheres e os eclesiásticos”, que ficam “sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir” (CRFB, art. 143, § 2º). Além disso, cabe às

11 Essa conexão é sublinhada por SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99.

12 Destacando que somente o descumprimento da prestação alternativa dá ensejo a sanções, v. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 99; MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 737; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, pp. 203-216, jul./set. 1998, p. 214.

13 CF/1969, art. 144, II, *b*, e § 2º.

14 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 236; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Op. cit.*, p. 215.

15 Nos planos internacional e supranacional, entendia-se que a objeção de consciência ao serviço militar não tinha fundamento nos tratados de direitos humanos. Essa orientação era adotada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (*L.T.K. v. Finland*, Communication No. 185/1984, Declared inadmissible on 9 July 1985) e pelas Comissões Interamericana (*Cristián Daniel Sabli Vera y otros v. Chile*, Caso 12.219, Informe No. 43/05, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7 (2005)) e Europeia de Direitos Humanos (*e.g., G. Z. v. Austria*, no. 5591/72, Commission decision of 2 April 1973). Mais recentemente, porém, houve uma mudança de interpretação e o referido direito passou a ser reconhecido tanto pelo Comitê da ONU (*General Comment no. 22*, cit., § 11; *Id.*, Communications Nos. 1853/2008 and 1854/2008, *Čenk Atasoy* (1853/2008), and *Ardā Sarkut* (1854/2008) *v. Turkey*, Views adopted on 29 March 2012, § 10.4; Communication Nos. 1321/2004 and 1322/20014, *Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, Views adopted on 3 November 2006; e Communication Nos. 1593 to 1603/2007, *Eui-min Jung et al.*, Views adopted on 23 March 2010) como pela Corte Europeia (*Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 110, 7 July 2011).

Forças Armadas “atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência [...] para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (CRFB, art. 143, § 1º). O tema é disciplinado pela Lei nº 8.239/1991, que, curiosamente, afasta das mulheres e dos eclesiásticos qualquer prestação alternativa – sujeitam-se só, “de acordo com suas aptidões, a encargos do interesse da mobilização” (art. 5º)<sup>16</sup> –, mas impõe aos objetores de consciência o serviço alternativo, correspondente ao “exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar” (art. 3º, § 2º), que deve incluir “o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa civil” (art. 3º, § 4º).

É questionável a total dispensa das mulheres e – especialmente – dos eclesiásticos quando outras pessoas (por razões de consciência) estão sujeitas a prestações alternativas. De todo modo, quanto a estas, é evidente a compensação promovida para evitar um tratamento favorecido dos objetores: eles também prestam serviços à coletividade e se preparam para agir em situações de calamidade.

### 3. TITULARIDADE

O direito de invocar a objeção de consciência adere, como parece claro, a todos que também sejam titulares da liberdade de consciência – afinal, aquele é um meio de promover e proteger esta última. Como todas as pessoas são dotadas de dignidade e, por isso, têm o direito de formar suas próprias convicções éticas e morais, qualquer brasileiro ou estrangeiro – residente ou não no País<sup>17</sup> – faz jus à tutela da liberdade de consciência e pode, assim, suscitar a referida objeção. A questão, contudo, se torna mais complexa quando a discussão envolve pessoas jurídicas.

16 Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 11.631/2007, considera-se mobilização nacional “o conjunto de atividades planejadas, orientadas e empreendidas pelo Estado, complementando a Logística Nacional, destinadas a capacitar o País a realizar ações estratégicas, no campo da Defesa Nacional, diante de agressão estrangeira”. Note-se que o fim do serviço militar é justamente “a formação de reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas no que se refere aos encargos relacionados com a defesa nacional, em caso de mobilização” (Lei nº 8.239/1991, art. 2º).

17 Reconhecendo a titularidade de direitos fundamentais a estrangeiros, ainda que não residentes no Brasil, v. STF, DJ 27 fev. 2009, HC 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

Embora a Constituição de 1988 não o mencione expressamente<sup>18</sup>, não há dúvida de que as entidades abstratas também são titulares de alguns direitos fundamentais<sup>19</sup>. É o caso, *e.g.*, do direito de propriedade e dos direitos processuais, como o acesso à Justiça, a ampla defesa e o contraditório. Contudo, há direitos fundamentais que, por postularem uma “referência humana”, pressupondo “características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais” não podem ser estendidos às pessoas jurídicas – caso, *e.g.*, da liberdade de consciência<sup>20</sup>: o carácter ficcional dessas entidades, que nada mais são que abstrações<sup>21</sup>, torna inviável falar em convicções próprias, distintas daquelas de seus membros ou gestores<sup>22</sup>.

Ademais, é preciso não perder de vista o *princípio da especialidade*: pessoas jurídicas são constituídas para certos fins, de modo que seu campo de atuação legítimo é limitado por seu objeto; por via de consequência, só lhes cabem os “direitos necessários ou convenientes à realização dos seus fins”<sup>23</sup>. O que marca a pessoa jurídica é o fato de não se confundir com

18 Diferentemente da Lei Fundamental alemã, que em seu art. 19 (3), dispõe: “Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas”; e da Constituição portuguesa, cujo art. 12, n.º 2, prevê: “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Em ambos os países, a literatura aponta que também estão incluídas as entidades despersonalizadas (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 234; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 420).

19 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 171-172; SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITTIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 310-313.

20 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, pp. 421-422; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

21 Na explicação de Carlos Santiago Nino, são “construções lógicas” que cumprem um papel de simplificação: elas ajudam a lidar com uma complexa rede de atos que envolvem pessoas variadas e normas jurídicas. V. SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pp. 264-277.

22 A impossibilidade de invocação de crenças por pessoas jurídicas, nessa linha, foi defendida por CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Religion is not a basis for harming others: review essay of Paul A. Offit’s *Bad faith: when religious belief undermines modern medicine*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104, pp. 1111-1136, 2016, p. 1133. O comentário dos autores é crítico à decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. \_\_\_\_ (2014), em que se afirmou que, no contexto específico de uma determinada lei, poder-se-ia imputar a uma sociedade empresária a manifestação de uma crença. A Corte poderia ter examinado o tema especificamente pela óptica constitucional em outro caso, que envolvia legislação estadual proibindo as drogarias de não ter ou entregar medicamentos por motivo de consciência de seus sócios. Em segundo grau, a norma foi considerada válida, mas a Suprema Corte se negou a examinar o pedido, com voto divergente, por escrito, do Juiz Alito, acompanhado pelo *Chief Justice* Roberts e pelo Juiz Thomas (*Stormans, Inc. v. Wiesman*, 794 F.3d 1064, 1071 (9th Cir. 2015), *cert. denied*, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016)).

23 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 118-199; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. t. IV – Direitos fundamentais. Coimbra:

os seus integrantes ou administradores – a ponto de permanecer intacta, ainda que todo o seu quadro societário ou gestor venha a se modificar. Seria uma curiosa subversão admitir que o sujeito e a pessoa jurídica, distinguindo-se em todos os aspectos – inclusive e especialmente quanto à responsabilidade patrimonial –, pudessem fundir-se em uma personalidade, fazendo da segunda uma extensão do primeiro, apenas para invocar a objeção de consciência<sup>24</sup>. Tudo isso foi acolhido pela literatura no Brasil<sup>25</sup>.

No entanto, é possível que o próprio objeto da pessoa jurídica seja a promoção de certos ideais e convicções: isso ocorre, *e.g.*, com as organizações religiosas e algumas entidades de cunho político, religioso ou ético. Elas existem para auxiliar na realização da liberdade de consciência dos seus integrantes, facilitando e coordenando seus atos. As pessoas se reúnem em torno da mesma orientação, não porque seguem a doutrina da pessoa jurídica, mas porque as convicções de todos se alinham em torno daquelas ideias. Há, em suma, a vivência conjunta de indivíduos cuja orientação se aproxima a ponto de todos se identificarem como membros de um mesmo grupo. Nesses casos, negar a tutela da liberdade de consciência às pessoas jurídicas é impedir que seus membros fruam dela integralmente.

Nessa linha é que se destacam as entidades de tipo *expressivo*, cujo fim é a mobilização de discursos protegidos pela Constituição<sup>26</sup>, como os de caráter político, filosófico ou religioso. Elas se diferenciam das *instrumentais* ou *não expressivas*, cujos principais fins têm natureza profissional, assistencial, econômica ou comercial<sup>27</sup>. Mais uma vez, o que importa é o

---

Coimbra, 2000, p. 220. Exigindo que “os direitos fundamentais concretamente a se analisar se harmonizem, na protecção concedida, ao sentido existencial da pessoa colectiva em causa”, v. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1073. Na Espanha, onde também não há previsão expressa sobre o tema, como no Brasil, o Tribunal Constitucional aplicou o mesmo raciocínio (*STC 137/1985*, FJ 3º). O princípio da especialidade é pacífico também no Direito Internacional, como critério para distinguir as organizações internacionais dos Estados (V. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the use by a State of nuclear weapons in armed conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 66, § 25).

24 Como disse a *Justice* Ginsburg da Suprema Corte dos EUA, “ao criar uma empresa [...], um indivíduo se separa da entidade e escapa à responsabilidade pelas obrigações desta”, não sendo razoável afastar pontualmente essa separação, apenas no seu próprio interesse, para impor sua convicção religiosa como se ele e a pessoa jurídica fossem a mesma pessoa (*Barwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. \_\_\_\_ (2014), at 19, Ginsburg J., diss.).

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 311.

26 FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2010, p. 224.

27 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 307-308; PREUB, Ulrich K., Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association). In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 959.

objeto da entidade: se ela foi constituída para o fim de viabilizar ou colaborar no exercício das liberdades do espírito de seus membros, a proteção a ela, neste particular, decorre da tutela concedida a eles. Sua situação difere muito daquela, *e.g.*, de sociedades empresárias dedicadas a uma atividade comercial comum (*e.g.*, um bar ou uma loja de roupas), cujo adequado desempenho é absolutamente desvinculado da convicção de qualquer um de seus integrantes ou colaboradores<sup>28</sup>. Entre esses extremos, é claro, há uma zona cinzenta, em que a determinação do peso da consciência só pode ser aferida diante das características específicas da entidade e das funções que ela efetivamente exerce.

Também é necessário colocar a substância acima da forma. Há empresas desenvolvidas com o instrumental da personalidade jurídica, mas que continuam muito associadas à pessoa ou à intimidade do(s) seu(s) sócio(s) ou empresário(s). Além das empresas individuais, é possível cogitar, ainda, de sociedades formadas por familiares próximos e/ou que, de algum modo, envolvam uma grande proximidade com sua vida pessoal. Nessas situações, ou bem a entidade jurídica e a pessoa natural formam uma unidade, porque a atividade é desenvolvida pela segunda; ou bem a empresa se insere no âmbito da intimidade de alguém ou de um grupo. Nas duas situações, não é viável proteger a convicção e a privacidade das pessoas naturais sem estender seus efeitos à esfera da pessoa jurídica.

Como a consciência é inerentemente individual, não há como sustentar que o *status* de objetor possa ser concedido a pessoas jurídicas – exceto quando se está diante de entidades expressivas, quando a empresa e a pessoa natural se confundem, ou ainda quando a atividade econômica se insira na intimidade de alguém ou de um círculo privado. No primeiro caso, o cumprimento do dever legal ofenderia a consciência das pessoas (naturais) que integram a instituição, na medida em que contrariaria a pró-

---

28 Em casos que envolviam vários tipos de discriminação, a Suprema Corte dos EUA considerou válida a aplicação de leis que proibiam essas práticas por parte de sindicatos (*Railway Mail Ass'n v. Corsi*, 326 U.S. 88 (1945)), escritórios de advocacia (*Hishon v. King & Spalding*, 467 U.S. 69 (1984)) e mesmo associações (*Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Bd. of Dirs. of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987)), tendo vedado, ainda, que subsídios estatais se dirigissem a escolas privadas com políticas de segregação racial (*Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973)). No entanto, quando a entidade é considerada expressiva, sua proteção é maior (*Boy Scouts of America et al. v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000)). A conexão com a finalidade social da entidade é direta: a tutela constitucional depende da demonstração de que a pessoa jurídica não conseguirá desenvolver seu objeto de forma adequada se atender à medida imposta pelo Poder Público (*New York State Club Ass'n v. New York City*, 487 U.S. 1, at 13 (1988)). *A contrario sensu*, a ausência de qualquer perturbação na capacidade de a entidade expressar seus próprios valores e opiniões demonstra a validade da medida estatal (*Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47 (2005)).

pria finalidade (expressiva ou religiosa) da sua existência. No segundo e no terceiro casos, a obrigação, embora dirigida à pessoa jurídica, haverá de ser cumprida pelas pessoas (naturais) dos seus gestores, tornando-se impossível conciliar sua consciência com o atendimento ao dever previsto na lei<sup>29</sup>.

Uma observação antes de prosseguir. O que se vem de discutir é a titularidade do direito à liberdade de consciência – *i.e.*, a possibilidade de invocá-la contra alguma medida restritiva. O fato de se poder fazê-lo não significa que a autonomia privada deva sempre prevalecer nesses contextos, mas simplesmente que, havendo incidência da referida liberdade, é preciso promover a necessária ponderação, considerando os dados do caso concreto<sup>30</sup>.

#### 4. POSIÇÕES JURÍDICAS ATRIBUÍDAS AO SUJEITO

O direito à objeção de consciência, sem dúvida, tem uma dimensão *defensiva* relevante: ele exige uma abstenção ao determinar que não sejam aplicadas sanções pelo descumprimento do dever legal. Mas há também uma dimensão *prestacional* envolvida, principalmente do ponto de vista *da organização e do procedimento*: em alguns casos, seu exercício exige que se defina um procedimento justo (não necessariamente judicial) para que o *status* de objetor e seus efeitos jurídicos sejam reconhecidos<sup>31</sup>.

Disso não se extrai que a objeção de consciência esteja submetida ou condicionada à vontade ou à discricionariedade do legislador<sup>32</sup>. Como pode haver muitas alternativas para acomodar a situação de um objetor, há

29 Essa distinção parece ter sido feita, nos EUA, pela *U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit* no caso *Stormans, Inc. v. Wiesman*, 794 F.3d 1064, 1071 (9th Cir. 2015), *cert. denied* 579 U.S. \_\_\_\_ (2016). Afirmou-se a constitucionalidade de legislação estadual que proibia as farmácias de se negarem a ter ou entregar medicamentos quando isso contrariasse a convicção de seus sócios. Um dos elementos destacados pelo acórdão foi o fato de que, embora as farmácias não pudessem alegar objeção de consciência, os farmacêuticos em si poderiam – caberia à empresa manter à disposição dos clientes outros farmacêuticos à disposição, no local ou por telefone.

30 A Suprema Corte do Novo México (EUA) se recusou a traçar uma distinção entre profissões “expressivas” ou “criativas” para fins de proteção constitucional. O caso envolvia uma alegação de discriminação por motivo de orientação sexual imputada a uma empresa de fotografia, que se recusara a documentar uma união entre pessoas do mesmo sexo (*Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013), *cert. denied*, 134 S. Ct. 1787). Criticando a decisão por não ter considerado o choque entre a liberdade de expressão e a proteção de grupos estigmatizados, v. CONSTITUTIONAL law – First Amendment – New Mexico Supreme Court holds that application of public accommodations law to wedding photography company does not violate First Amendment speech protections. — *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013). *Harvard Law Review*, v. 127, pp. 1485-1492, 2014.

31 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, v. 1, p. 616.

32 Afirmação contrária afrontaria a rigidez da Constituição e a vinculação do legislador aos direitos fundamentais. V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239.

uma *preferência* pela solução legislativa do problema, acompanhada de uma *deferência* à interpretação que prevalecer no processo de formação das leis. Não há, porém, subordinação total da sua eficácia à vontade das maiorias políticas – trata-se, afinal, de uma manifestação da liberdade de consciência<sup>33</sup>. Se a fundamentalidade do direito tem algum sentido mínimo é o de impor aos órgãos do Estado o *dever de considerar com seriedade* as possibilidades de acomodação das objeções.

## 5. PONDERAÇÃO

A objeção de consciência não é uma regra e, conseqüentemente, não opera segundo a lógica do “tudo ou nada”; trata-se de um princípio que, diante de deveres gerais válidos em tese, exige a acomodação dos ditames da consciência individual *na medida em que isso seja viável*, considerando os limites postos por normas contrapostas e pela realidade de fato. Dessa forma, a efetiva criação de uma exceção em favor dos objetores depende de uma ponderação.

O sopesamento deve envolver, de um lado, a intensidade da restrição à liberdade de consciência, gerada pela imposição do dever geral àquele indivíduo; e, de outro, o prejuízo que uma exceção em seu favor poderia produzir para a satisfação dos fins que o dever busca promover. Note-se bem: não se trata de comparar o benefício *do cidadão* com uma situação hipotética em que *todos* pleiteassem uma objeção – a universalização da decisão é um fim a ser almejado, mas isso se limita ao conjunto específico de pessoas que, em tese, poderiam invocar a objeção nos mesmos termos<sup>34</sup>. A questão tampouco se resume a uma análise fria de custo-benefício em

33 Por isso, não é possível concordar com Fábio Carvalho Leite quando sustenta que “[n]ão se trata [...] de um direito a ser exigido, mas a ser acomodado”, ou que “não é exigível judicialmente”, mas “pode ser construído em sede legislativa ou mesmo na via administrativa” (LEITE, Fábio Carvalho. *Liberdade religiosa e objeção de consciência: o problema do respeito aos dias de guarda*. In: (Orgs.). *A religião no espaço público: atores e objetos*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, pp. 167 e 178). Essa qualificação transforma o art. 5º, VIII, da Constituição em letra morta, na medida em que submete a sua eficácia à conveniência das maiorias no Legislativo ou mesmo da Administração.

34 Dessa forma, se um grupo pequeno se recusa, por motivo religioso, a contribuir com a seguridade social, mas tampouco extrai benefícios do sistema, a exceção nem remotamente prejudica a finalidade legal, que é manter um sistema hígido para quem pode utilizá-lo. Por isso, McConnell e Posner (*Op. cit.*, pp. 53-54) criticam o acórdão da Suprema Corte no caso *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982). Nesse processo, discutiu-se a constitucionalidade da incidência de contribuições para a seguridade social sobre os Amish – um grupo bem reduzido de pessoas, que já era parcialmente contemplado por isenções, não admitia fazer uso das prestações da seguridade social e tinha seu próprio modelo de amparo aos idosos. Tudo isso mostra que abrir um pouco mais o leque de exceções não geraria qualquer impacto relevante para o sistema tributário norte-americano. No entanto, a Corte contrapôs à sua pretensão o risco que um modelo de “adesão voluntária geral” poderia produzir para o “amplo interesse público na manutenção de um sólido sistema tributário”.

termos financeiros – até porque argumentos de índole pragmática, conquanto relevantes, devem atentar à primazia valorativa dos direitos fundamentais<sup>35</sup>. No caso das pessoas jurídicas religiosas ou expressivas, quanto mais o dever legal afetar sua finalidade principal, maior será o peso relativo da objeção de consciência. De outra parte, a proteção tenderá a ser menor conforme o comportamento regulado se distancie do papel cultural ou expressivo da entidade<sup>36</sup>.

Além disso, a ponderação deve considerar, ainda, elementos como: a importância da contribuição individual do sujeito para promoção do objetivo legal; o caráter personalíssimo (ou não) do dever; a existência de outras pessoas igualmente aptas a cumpri-la; e a viabilidade de sua substituição por prestações alternativas<sup>37</sup>. Dessa forma, o modo como se pode acomodar a objeção (v. item nº 6, *infra*) interfere na ponderação, na medida em que gera maior ou menor restrição aos fins que o dever legal procura promover.

Do fato de a objeção exigir uma ponderação decorre que ela precisa ser *justificada* e, assim, submetida ao crivo dos procedimentos de controle pertinentes<sup>38</sup>, sejam eles preventivos ou repressivos. Em qualquer caso, porém, não compete ao Poder Público se substituir ao sujeito para dizer como se sentir diante da medida que considera ofensiva a seus imperativos

35 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016, p. 359.

36 A relação de uma conduta com a convicção deve ser buscada principalmente na autocompreensão da própria entidade e do sujeito. Como afirmou o Tribunal Constitucional Federal alemão, tratando de entidades religiosas, “o Estado violaria a independência das associações ideológicas e sua liberdade de organização interna conferidas pela Constituição se não considerasse a forma como essas associações se veem quando interpretando a atividade religiosa resultante de uma confissão ou credo específico” (BVerfGE 24, 236 (Rumpelkammer). In: KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1989, p. 449).

37 Nessa linha, o Código de Ética Médica garante o direito dos médicos à objeção de consciência, mas, na ponderação com a vida e a saúde dos pacientes, bem observa que essas últimas devem prevalecer nas situações extremas. V. Código de Ética Médica, Capítulo I (Princípios Fundamentais), item nº VII: “O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”.

38 Assim, no campo da Medicina, v. DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 5, pp. 981-985, out. 2011, p. 984: “O direito à objeção de consciência não constitui passe livre para a recusa de assistência médica. Sua motivação deve ser relevante, estar relacionada à integridade moral do indivíduo e ser razoável para o marco dos direitos humanos. O médico objetor deve justificar a solicitação de recusa de assistência em um caso concreto, por isso a proposta da ‘tese da justificação’. O ônus da justificação cabe ao médico com *objeção seletiva de consciência*, e é dever da unidade de saúde avaliar sua relevância”.

éticos. Em sentido oposto, a Corte Constitucional da Colômbia equivocadamente rejeitou pleitos de objeção por entender que, ao contrário do que sustentavam os interessados, a participação em cerimônias cívicas não poderia ser vista como “idolatria” ou “adoração”<sup>39</sup>. O mesmo fez ao negar sentido religioso a um juramento<sup>40</sup>. O equívoco aqui está no seguinte: a liberdade de consciência não é violada só pela prática de atos dos quais se discorda, mas também por condutas que, embora inspiradas por fins seculares, atentem contra imperativos de consciência do sujeito – é este, aliás, o campo típico de aplicação da objeção de consciência. Nesse cenário, pouco importa que o Estado as qualifique como lícitas, porque não é isso o que está em jogo – mas sim se é constitucional exigi-las, concretamente, daquela pessoa.

O Poder Público não é obrigado a ceder diante de qualquer apelo à liberdade de consciência, mas isso só pode resultar de uma ponderação entre ela e os bens jurídicos que justificam o dever legal que a ofenderia; jamais de uma imposição, por parte do Estado, quanto à interpretação a ser conferida ao mandamento ético invocado pelo sujeito.

Não à toa, essa postura não tem sido seguida em casos semelhantes. A Suprema Corte dos EUA, que inicialmente havia considerado lícita a exigência de que crianças, testemunhas de Jeová, fossem obrigadas a recitar o “juramento de lealdade” (*pledge of allegiance*) à bandeira do país, contrariando suas convicções religiosas<sup>41</sup>, mudou seu entendimento pouco tempo depois<sup>42</sup>. O mesmo entendeu a mais alta Corte da Índia em caso envolvendo crianças que não cantavam o Hino Nacional, mas ficavam de pé, em postura respeitosa<sup>43</sup>. Para além de atos cívicos, juramentos também suscitam esses problemas: o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerou inválida a aplicação de multa a um pastor que, por razões re-

39 *Sentencia T-075 de 1995; Sentencia T-877 de 1999*. O último julgado deixa claro que a conclusão da Corte se baseou na afirmação de que atos cívicos não têm natureza religiosa e, por isso, a celebração do Estado não pode ser assimilada à adoração de uma divindade. Ou seja: na avaliação da Corte Constitucional, os interessados não teriam compreendido bem *suas próprias concepções religiosas* ao afirmarem que a vedação à idolatria se estenderia aos símbolos nacionais. Para uma crítica da interpretação da Corte, v. PARDO SCHLESINGER, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Persona y Bioética*, v. 10, n. 1, pp. 52-68, ene./jun. 2006.

40 *Sentencia T-547 de 1993*.

41 *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

42 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

43 *Bijoe Emmanuel & Ors v. The State of Kerala & Ors.*, 1987 AIR 748, 1986 SCR (3) 518, 1986 SCC (3) 615, JT 1986 115, 1986 SCALE (2)217.

ligiosas, se recusou a prestar o juramento que lhe era exigido como testemunha em um processo judicial<sup>44</sup>.

## 6. O QUE FAZER DIANTE DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA?

O acolhimento da objeção pode levar a um conjunto de medidas diversas. Do ponto de vista objetivo, pode-se cogitar de dois cenários que ajudam a compreender o tema.

No primeiro, ela pode ser invocada para *afastar, de todo, um dever*. É o caso, *e.g.*, da objeção à prestação do serviço militar obrigatório, à participação em festas cívicas ou atos de exaltação patriótica, ou à prestação de depoimento, como testemunha, sobre fatos de que um sacerdote teve ciência por meio da confissão. Nessas situações, o indivíduo está proibido de praticar a conduta prescrita por força de sua convicção religiosa. Não há como substituir o sujeito por outro porque a obrigação é personalíssima (*e.g.*, a oitiva do ministro religioso sobre os eventos narrados em confissão) ou atribuída individualmente a todos (*e.g.*, serviço militar). Já a cominação de sanções, como forma de forçar o cumprimento do dever legal, encontra diante de si a resistência do sujeito, que muitas vezes preferirá a pena à satisfação da obrigação. A aplicação da penalidade, aqui, tenderá a ser irrazoável: não se pode equiparar à desídia ou ao dolo o cumprimento de um imperativo de consciência. O fato de a recusa se amparar em um direito fundamental a diferencia do mero inadimplemento injustificado.

Abrem-se ao Estado aqui três possibilidades. A *primeira* delas é a seguinte: em vez de impor uma punição, exigir a reparação do eventual dano causado à coletividade ou a terceiros. Essa solução é pertinente no caso do serviço militar: como a ideia é dividir igualmente entre todos os encargos com o esforço de defesa nacional, a exigência de uma prestação alternativa dos objetores prestigia sua liberdade de consciência e, ao mesmo tempo, promove uma equalização entre a sua situação e a das demais pessoas: o serviço alternativo compensa a sociedade pela falta do outro.

A *segunda* alternativa é tentar atingir o fim subjacente ao dever legal na maior extensão possível sem ofender a liberdade de consciência dos objetores. Isso é útil, *e.g.*, quando a finalidade que inspira o dever legal puder ser atingida de várias formas. É o caso, *e.g.*, dos juramentos sobre a

44 BVerfGE 33, 23 (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen). In: SCHWABE, Jürgen. *Op. cit.*, p. 360 e ss.

Bíblia, que podem ser substituídos por compromissos de falar a verdade; ou da participação em cerimônias cívicas, quando a simples postura de respeito for suficiente. Em vez de insistir na *forma* do ato, o Estado se satisfaz com seu *conteúdo*<sup>45</sup>.

Já a *terceira* e última possibilidade é simplesmente dispensar os objetos do dever legal. Essa medida é residual; só se deve ser recorrer a ela se as anteriores forem inviáveis. Nos exemplos acima, isso se aplica ao caso do padre: só ele pode prestar depoimento sobre o que sabe; como a instrução processual não será melhor atendida pela prisão de alguém que, no exercício de um direito fundamental, nem assim revelará o que sabe, a única via aberta ao Estado é a dispensa do dever.

Mas, como adiantado, há situações em que a objeção de consciência não se volta contra o dever em si, mas *contra as circunstâncias do seu cumprimento* – trata-se do segundo cenário a que se referiu acima. Judeus ortodoxos e adventistas do sétimo dia não veem qualquer problema em trabalhar como mesários nas eleições, mas não admitem fazê-lo do pôr do sol de sexta-feira ao início da noite de sábado. Em geral, a opção pelo dia da semana nada mais é que uma questão de conveniência da Administração, sendo viável reagendar a atividade para outro dia. Se for esse o caso, não há razão para deixar de fazê-lo<sup>46</sup>. Um caso apreciado nos EUA no século XIX ilustra bem o ponto: por que exigir que um judeu preste depoimento em um sábado se um ou dois dias depois ele poderia comparecer sem que disso resultasse qualquer prejuízo ao processo? Deve haver uma razão ponderável para restringir a liberdade de consciência; do contrário, o que se tem não é a limitação do direito, mas, pura e simplesmente, sua violação<sup>47</sup>.

Outra possibilidade é a seguinte: como as circunstâncias tornam o dever especialmente gravoso para um grupo, a desigualdade de tratamento pode ser remediada com a simples exclusão dos mais prejudicados da lista

45 ÍNDIA. Suprema Corte. *Bijoe Emmanuel & Ors v. The State of Kerala & Ors.*, 1987 AIR 748, 1986 SCR (3) 518, 1986 SCC (3) 615, JT 1986 115, 1986 SCALE (2)217.

46 Nessa linha, dois Tribunais Regionais Federais decidiram que, sendo prevista a aplicação de provas em dois dias (sábado e domingo), era indiferente à Administração que a avaliação da parte ocorresse em um ou no outro; sendo um deles dia de guarda religioso, deveria ser acolhido o pleito para que a sua prova fosse reagendada para o outro dia (TRF – 1ª Região, DJ 25 jun. 2004, Mandado de Segurança 2002.01.00.005047-6/DF, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz; TRF – 3ª Região, DJ 22 fev. 2006, Apelação em Mandado de Segurança 2002.61.00.000026-5/SP, Rel. Juiz Fed. Conv. Renato Barth).

47 Nada obstante, foi o que fez, no caso acima, a Suprema Corte da Pensilvânia, que declarou a supremacia absoluta de todo dever legal sobre qualquer outra obrigação. V. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience: in defense of America's tradition of religious equality*. New York: Basic Books, 2008, pp. 129-130.

de convocados. Se o dever em questão não precisa ser prestado por todos ao mesmo tempo (*e.g.*, participação em júri, atuação como mesário), basta convocar outros para a função<sup>48</sup>. O prejuízo gerado para terceiros seria desprezível: o aumento mínimo da probabilidade do sorteio de seu nome<sup>49</sup>.

## 7. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E SERVIÇO PÚBLICO

Nas relações entre partes privadas, a liberdade de consciência se alia à tutela constitucional da livre iniciativa para dar ao sujeito maior controle sobre o negócio que ele exerce. Isso pode não ser decisivo, mas deve ser considerado. No serviço público, contudo, o espaço aberto à consciência individual é muito menor – o risco de frustração dos fins estatais ou de sua desvirtuação para finalidades sectárias justifica maiores restrições. Em ambos os casos, porém, as objeções suscitadas por funcionários de entidades públicas e privadas podem ser acomodadas pela redistribuição pontual de tarefas para outros servidores ou empregados, ao menos quando houver profissionais disponíveis. Nada obstante, a condição específica dos agentes públicos justifica algumas considerações adicionais.

Os indivíduos não perdem o direito à objeção só por ingressarem no serviço público. No entanto, em comparação com a disciplina da matéria no campo privado, a incidência de outra norma – o *princípio da laicidade do Estado* – impõe um cuidado adicional: o Estado não pode se identificar com nenhuma convicção ética a ponto de empregá-la como fundamento exclusivo de seus atos. Disso decorre que as pessoas cuja função seja emitir ou concretizar a “vontade do Estado”, exercendo competências públicas em sentido estrito – *i.e.*, relativas à alteração do direito objetivo e à constituição, modificação e extinção de relações jurídicas –, não podem se valer da objeção de consciência para se eximir de exercer com imparcialidade os deveres de cargos que, diga-se, assumiram voluntariamente.

48 A existência de outras pessoas aptas a cumprir a tarefa questionada pelo objeto também faz a balança pender para o lado do reconhecimento do direito. É o caso, *e.g.*, da recusa de um médico à realização de um procedimento quando há outros profissionais capazes de levá-lo a efeito. V. RUIZ MIGUEL, Alfonso. La objeción de conciencia a deberes cívicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 16, n. 47, pp. 101-124, mayo-ago. 1996, p. 103.

49 Nessa linha, diante da coincidência das eleições com o *Yom Kippur*, feriado religioso judaico, o TSE autorizou a “formulação de requerimento de dispensa do serviço eleitoral diretamente ao juízo eleitoral competente, que procederá à análise do caso concreto, na forma da Lei” (ISE, DJ 22 set. 2006, Resolução nº 22.411, Pet 2.058 – São Paulo/SP, Rel. Min. José Delgado).

Nessa linha, Canotilho e Vital Moreira apontam que a objeção não pode ser invocada por mandatários eleitos em relação às suas funções, tendo em vista não só “a responsabilidade democrático-republicana em que estão investidos”, mas também que os mandatos em tela são “de candidatura livre”<sup>50</sup>. O mesmo se pode dizer de um juiz de paz que, em nome do Estado e na aplicação do direito, se recuse a celebrar uma união entre pessoas do mesmo sexo porque isso afrontaria a sua consciência. Para os autores, os professores de escolas públicas também não podem alegar a objeção para se eximir de ensinar “teorias científicas intersubjetivamente aceitas e comprovadas na comunidade científica”, como a teoria da evolução<sup>51</sup>. A lógica aqui é a mesma: a liberdade de cátedra tem como limite a uniformização do padrão curricular. O sistema público de ensino não pode ser apropriado pelos professores a ponto de recortar do conteúdo elementar o que eles mesmos não considerem pertinente ou correto. Não há como admitir que o currículo escolar, definido pelos órgãos competentes, varie tanto de sala de aula para sala de aula. Dessa forma, quem se recusar a atender ao currículo obrigatório pode ser legitimamente penalizado por isso.

O que há de comum em todos esses casos é que o agente é o instrumento de que se serve o Estado para atuar: a celebração de um casamento civil depende do juiz de paz, assim como o ensino ocorre por meio do professor. Esses dois agentes apresentam o Estado de uma forma bastante imediata quando agem: o *conteúdo* da sua expressão – a constituição da relação conjugal e a exposição dos alunos ao currículo obrigatório – é imputado ao Estado. Se o discurso é feito pelo Poder Público, que precisa de pessoas que o veiculem para ele, não há que se falar em afronta à liberdade individual na punição de quem, na condição livremente assumida de agente público, se negue a fazê-lo<sup>52</sup>. Notadamente quando esse discurso é *constitutivo* e, em si mesmo, altera a situação jurídica das pessoas, como no caso do casamento.

Como o Poder Público depende de indivíduos para executar suas decisões, admitir que seus agentes se recusem a fazê-lo é deixar o Estado

50 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 616.

51 *Ibid.*, p. 627.

52 Nessa linha, a Suprema Corte dos EUA considera inaplicável a liberdade de expressão a discursos do Estado (*government speech doctrine*). V., mais recentemente, *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009). Na literatura, defendendo a perfeita aplicação dessa doutrina aos professores de escolas públicas, v. BOWMAN, Kristi L. The government speech doctrine and speech in schools. *Wake Forest Law Review*, v. 48, pp. 211-285, 2013, pp. 259-262.

inoperante ou, no mínimo, refém das convicções éticas de seus agentes, afrontando diretamente o princípio da impessoalidade e permitindo o desvirtuamento de uma política no momento de sua execução. Se o agente está impossibilitado de cumprir seu dever legal, ele deve se declarar impedido, deixar suas funções ou sofrer as consequências do seu ato<sup>53</sup> – que, em tese, servirão de estímulo à exoneração, sem prejuízo de se materializarem na sua demissão pura e simples.

## CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi investigar a objeção de consciência. Trata-se de um direito fundamental passível de invocação por todos os que sejam protegidos pela liberdade de consciência. Sua finalidade principal é evitar a aplicação de penas e a perda de direitos àqueles que, por imperativos éticos, não possam cumprir deveres impostos por lei à generalidade das pessoas. Sua aplicação depende de uma ponderação e, no limite, pode autorizar a dispensa pura e simples da obrigação legal. Em qualquer caso, só se pode falar em punição ou perda de direitos se, prevista uma prestação alternativa, o particular se recusar a cumpri-la injustificadamente.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ASÍS ROIG, Rafael. Las tres conciencias. In: PECES-BARBA, Gregorio (Ed.). *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación derecho*. Boletín Oficial del Estado, 1993 (Monografías Universidad Carlos III).

BOWMAN, Kristi L. The government speech doctrine and speech in schools. *Wake Forest Law Review*, v. 48, pp. 211-285, 2013.

53 No Pará, um juiz de paz deixou o cargo depois de saber que o CNJ tornara obrigatório o registro de casamentos homoafetivos. Em sua avaliação, sendo inviável conciliar a ordem do Conselho com sua convicção ética, tornou-se necessária sua saída. V. SÓTER, Gil; MÜLLER, Ingo. Juiz de paz do Pará pede demissão para não celebrar casamento LGBT. *G1 Pará*, 20 maio 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/W984d>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Religion is not a basis for harming others: review essay of Paul A. Offit's *Bad faith: when religious belief undermines modern medicine*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104, pp. 1111-1136, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007.

CONSTITUTIONAL law – First Amendment – New Mexico Supreme Court holds that application of public accommodations law to wedding photography company does not violate First Amendment speech protections. — *Elane Photography, LLC v. Willocke*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013). *Harvard Law Review*, v. 127, pp. 1485-1492, 2014.

DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 5, pp. 981-985, out. 2011.

FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Foundation Press, 2010.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. Coimbra: Almedina, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Fábio Carvalho. LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade religiosa e objeção de consciência: o problema do respeito aos dias de guarda. In: (Orgs.). *A religião no espaço público: atores e objetos*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

MCCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-60, Winter 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. t. IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, pp. 203-216, jul./set. 1998.

NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience: in defense of America's tradition of religious equality*. New York: Basic Books, 2008.

PARDO SCHLESINGER, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Persona y Bioética*, v. 10, n. 1, pp. 52-68, ene./jun. 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PREUB, Ulrich K., Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association). In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 24, n. 71, pp. 47-72, mayo/ago. 2004.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: Oxford, 2009.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. La objeción de conciencia a deberes cívicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 16, n. 47, pp. 101-124, mayo-ago. 1996.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Estudios Políticos*, n. 58, pp. 61-110, oct./dic. 1987.

SÓTER, Gil; MÜLLER, Ingo. Juiz de paz do Pará pede demissão para não celebrar casamento LGBT. *G1 Pará*, 20 maio 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/W984d>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General comment no. 22: Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 27 September 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/NlrKZT>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.